TEORÍA JURÍDICA

LECTURAS

SESIÓN 1: SISTEMAS DE CONTROL DEL COMPORTAMIENTO E IUSNATUALISMO
SESIÓN 2: POSITIVISMO JURÍDICO Y DDHH
SESIÓN 3: HISTORICISMO Y REALISMO JURÍDICO
SESIÓN 4: ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO
SESIÓN 5: CIENCIA Y ARTE
SESIÓN 6: LOGICIDAD DEL DERECHO
SESIÓN 7: VISIÓN ESTATAL DEL BIEN Y DEL MAL
SESIÓN 8: JUSTICIA
SESIÓN 9: ABOGADOS E IA
SESIÓN 10: DESAFÍOS DE LA IA

PODCAST:



Los Sistemas de Control del Comportamiento: Social, Jurídico y Moral

¿Qué impulsa a los individuos a comportarse de una manera determinada? Como individuos, no somos islas. Existimos en un contexto social, sujetos a una red de expectativas, normas y reglas que guían nuestras acciones. El comportamiento humano, esa compleja danza entre la libertad individual y la cohesión social, es regulado por tres sistemas de control fundamentales: el social, el jurídico y el moral. Cada uno responde a lógicas específicas, con diferentes alcances y herramientas normativas, aunque sus interacciones a menudo delinean el marco en que las comunidades se desarrollan. A continuación, se examinan dichos sistemas desde una perspectiva teórica y práctica, explorando su definición, características, ejemplos paradigmáticos y las complejas interrelaciones entre ellos.

1. Control Social

El control social refiere al conjunto de prácticas, mecanismos y sanciones sociales que buscan alinear el comportamiento individual con las normas y expectativas colectivas. Este sistema opera en un nivel informal y es omnipresente en la vida diaria, modelando la conducta a través de valores compartidos, tradiciones y presiones interpersonales.

Características fundamentales:

Carácter difuso: Las normas sociales emergen y se reproducen sin necesidad de codificación formal, siendo vehiculadas por agentes diversos como la familia, los medios de comunicación o las comunidades locales. Lo anterior quiere decir que son normas informales, por cuanto son “no escritas”, transmitidas a través de la socialización y la interacción cotidiana.

Adaptabilidad cultural: Su flexibilidad le permite ajustarse a los cambios en los valores y prioridades de la sociedad.

Variabilidad: Las normas sociales varían considerablemente entre culturas, comunidades e incluso subgrupos dentro de una misma sociedad.

Sanción simbólica: Aunque carece de coercibilidad formal, utiliza mecanismos como el reconocimiento, la exclusión o el prestigio social para incentivar el cumplimiento normativo.

Ejemplos y análisis:

Un ejemplo cotidiano del control social es el código de etiqueta en eventos públicos. Asistir a una cena formal sin la vestimenta apropiada puede resultar en desaprobación implícita o explícita, evidenciando cómo las normas sociales regulan comportamientos aparentemente triviales. En un contexto más amplio, movimientos sociales contemporáneos, como las campañas contra el acoso en redes digitales, ilustran cómo las normas informales se adaptan para abordar problemas emergentes, influyendo en conductas mediante la presión colectiva.

2. Control Jurídico

El control jurídico constituye un sistema formalizado de regulación, basado en un conjunto de normas coercibles promulgadas por una autoridad legítima. Este marco busca garantizar la justicia, preservar el orden público y resolver conflictos entre individuos o entre estos y el Estado.

Características fundamentales:

Codificación formal: Las normas jurídicas están recogidas en textos legales que otorgan certeza y predictibilidad a las relaciones sociales.

Generalidad: Las normas jurídicas se aplican de forma general e impersonal a todos los ciudadanos, aunque existan excepciones y regímenes especiales.

Mecanismos coercitivos: El incumplimiento normativo puede derivar en sanciones que van desde multas hasta la privación de la libertad.

Ejemplos y reflexiones:

Un caso típico es el derecho penal, que sanciona conductas como el hurto o el homicidio. Estas normas no solo disuaden a potenciales infractores,

sino que también protegen derechos fundamentales. A nivel internacional, tratados como el Convenio de Ginebra demuestran cómo el control jurídico busca regular incluso situaciones de conflicto armado, estableciendo límites humanitarios que deben respetarse globalmente.

En tanto que sistema formal, el control jurídico también enfrenta críticas por su potencial desconexión de la realidad social. Normas que no reflejan valores o costumbres prevalentes suelen ser percibidas como arbitrarias, lo que dificulta su implementación.

3. Control Moral

El control moral opera a través de principios éticos y valores individuales que guían las decisiones humanas desde una perspectiva introspectiva. A diferencia de los sistemas anteriores, el control moral no depende de sanciones externas, sino de la conciencia y el juicio personal.

Características fundamentales:

Subjetividad inherente: Las normas morales varían según contextos culturales, filosóficos y religiosos.

Autonomía normativa: Las decisiones morales emanan de la reflexión personal, más que de la imposición externa.

Carácter no coercitivo: En lugar de castigos, utiliza mecanismos internos como la culpa o el sentido de logro para influir en la conducta.

Ejemplos y debate:

Un individuo que devuelve una cartera perdida, guiado por su sentido de justicia, ejemplifica el poder del control moral. En decisiones más complejas, como rechazar un empleo que implique daños al medio ambiente, se evidencia la influencia de principios éticos que trascienden intereses inmediatos. Sin embargo, su naturaleza subjetiva también genera tensiones cuando los valores individuales entran en conflicto con las normas sociales o jurídicas.

Interacción entre los sistemas

Los sistemas de control social, jurídico y moral no operan de manera aislada; por el contrario, sus interacciones configuran una compleja red normativa que refleja la diversidad de necesidades y aspiraciones humanas. A menudo, estas interacciones pueden ser complementarias o conflictivas.

1. Reforzamiento mutuo:

En muchos casos, los tres sistemas se refuerzan mutuamente. Por ejemplo, el robo es condenado socialmente, prohibido por la ley y considerado moralmente reprobable. Esta convergencia contribuye a una mayor eficacia en la prevención del comportamiento delictivo. A continuación, se describen más ejemplos:

Respeto a la propiedad privada: Social: En la mayoría de las sociedades, hay una fuerte condena social al robo o al daño a la propiedad ajena. El ostracismo o la desconfianza hacia quienes cometen estos actos sirven como disuasivo. Jurídico: Las leyes contra el robo, el hurto, el vandalismo, etc., establecen penas y sanciones formales que protegen la propiedad privada. Moral: Muchas doctrinas morales y éticas consideran la honestidad y el respeto a los bienes ajenos como valores fundamentales. La culpa o el remordimiento por haber robado es una sanción interna.

Cumplimiento de contratos: Social: Se espera que las personas cumplan sus promesas y acuerdos. Quien no lo hace puede ganarse una mala reputación y perder la confianza de los demás, lo que dificulta futuras interacciones sociales y comerciales. Jurídico: El derecho contractual establece las normas para la creación, ejecución y resolución de contratos. El incumplimiento puede llevar a demandas y a la obligación de compensar a la parte afectada. Moral: La mayoría de las corrientes éticas consideran que la honestidad, la palabra dada y el cumplimiento de las obligaciones son valores importantes.

Decir la verdad en un juicio: Social: Se espera que los testigos en un juicio digan la verdad. La mentira bajo juramento es vista como una falta grave a

la integridad personal y un obstáculo para la justicia. Jurídico: El perjurio (mentir bajo juramento) es un delito penado por la ley, que puede acarrear penas de prisión o multas. Moral: La honestidad y la veracidad son valores morales fundamentales en casi todas las culturas. Mentir, especialmente en un contexto tan serio como un juicio, se considera moralmente reprobable.

2. Complementariedad:

El sistema jurídico puede intervenir en áreas donde el control social es insuficiente o ineficaz. Por ejemplo, la ley regula aspectos complejos de la economía o las relaciones laborales que no pueden ser controlados eficazmente por normas sociales informales. A su vez, las normas sociales pueden complementar el sistema jurídico al regular aspectos cotidianos que no están cubiertos por la ley. A continuación, se describen más ejemplos:

Protección del medio ambiente: Social: Existe una creciente conciencia social sobre la importancia de cuidar el medio ambiente. Normas sociales emergentes promueven el reciclaje, la reducción del consumo de plástico, etc. Jurídico: Las leyes ambientales regulan la emisión de contaminantes, la gestión de residuos, la protección de especies en peligro, etc. Estas leyes establecen un marco de actuación que las normas sociales por sí solas no podrían alcanzar. Moral: La responsabilidad hacia las generaciones futuras y el respeto por la naturaleza son valores morales que impulsan a muchas personas a actuar en favor del medio ambiente, más allá de lo que exige la ley.

Seguridad vial: Social: Existen normas sociales de cortesía y prudencia al conducir, como ceder el paso, no conducir de forma agresiva, etc. Estas normas contribuyen a una mayor seguridad vial. Jurídico: Las leyes de tráfico establecen las normas de circulación, los límites de velocidad, las sanciones por conducir bajo la influencia del alcohol o las drogas, etc. Estas leyes son esenciales para regular un ámbito tan complejo y peligroso como el tráfico rodado. Moral: La consideración hacia la seguridad de los demás y la responsabilidad al volante pueden ser vistas como imperativos morales, que llevan a las personas a conducir con precaución y a respetar las normas de tráfico, incluso cuando no hay una vigilancia directa.

Ética profesional: Social: Se espera que los profesionales (médicos, abogados, ingenieros, etc.) actúen con ética y responsabilidad en el ejercicio de su profesión. La mala praxis puede llevar a la pérdida de reputación y de clientes. Jurídico: Existen colegios profesionales y códigos deontológicos que establecen normas éticas y de conducta para cada profesión. En algunos casos, la mala praxis puede tener consecuencias legales. Moral: La ética profesional se basa en principios morales como la honestidad, la integridad, la competencia y el compromiso con el bienestar del cliente o paciente.

3. Tensión y conflicto:

En ocasiones, los tres sistemas pueden entrar en conflicto. Por ejemplo, una norma social puede estar en desacuerdo con una ley (como la discriminación por género en algunas culturas) o un imperativo moral puede llevar a desobedecer una ley considerada injusta (como la objeción de conciencia). Estos conflictos generan debates sociales y pueden llevar a cambios en las normas sociales, jurídicas o morales. A continuación, se describen más ejemplos:

Eutanasia o suicidio asistido: Social: Existe un debate social en muchos países sobre la eutanasia, con opiniones divididas sobre su aceptación o rechazo. Jurídico: En la mayoría de los países, la eutanasia o el suicidio asistido son ilegales. Sin embargo, en algunos lugares se han aprobado leyes que los permiten bajo ciertas condiciones. Moral: Existe una fuerte controversia moral sobre la eutanasia, con argumentos a favor basados en la autonomía individual y el derecho a una muerte digna, y argumentos en contra basados en la sacralidad de la vida o el principio de no dañar.

Objeción de conciencia al servicio militar: Social: En algunos países, el servicio militar es visto como un deber patriótico y hay una fuerte presión social para cumplirlo. Jurídico: La ley puede obligar a los ciudadanos a realizar el servicio militar, aunque en algunos casos se reconoce el derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos o morales. Moral: Una persona puede tener fuertes convicciones morales o religiosas que le impiden participar en cualquier actividad militar, entrando en conflicto directo con la ley.

El aborto es uno de los ejemplos más paradigmáticos de tensión y conflicto entre los sistemas de control social, jurídico y moral, ya que involucra valores fundamentales, creencias profundamente arraigadas y concepciones divergentes sobre la vida, la autonomía y los derechos. Analicemos cómo se manifiesta esta tensión en cada sistema:

- Social: La sociedad está profundamente dividida en cuanto a la cuestión del aborto. Existen grupos "pro-vida" que abogan por la protección de la vida del feto desde la concepción, y grupos "pro-elección" que defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. Esta división se manifiesta en debates públicos, manifestaciones, activismo en redes sociales y una polarización significativa en la opinión pública. Las actitudes hacia el aborto también varían según factores culturales, religiosos y demográficos, lo que genera normas sociales diversas y, en ocasiones, contrapuestas. La estigmatización o el apoyo social hacia las mujeres que abortan son reflejo de estas normas sociales en pugna.
- Jurídico: El estatus legal del aborto varía considerablemente en el mundo. Algunos países lo prohíben totalmente o lo permiten solo en circunstancias excepcionales (como riesgo para la vida de la madre), mientras que otros lo permiten a petición de la mujer dentro de ciertos plazos de gestación. Incluso en los países donde es legal, suele haber regulaciones sobre el procedimiento, como periodos de espera, asesoramiento obligatorio o la participación de profesionales médicos. Estas leyes reflejan la controversia moral y social, e intentan encontrar un equilibrio entre los derechos de la mujer y la protección de la vida prenatal, aunque ese equilibrio es siempre precario y objeto de constante debate.
- Moral: El aborto es un tema que genera un intenso debate moral. Desde una perspectiva moral, se enfrentan al menos dos valores fundamentales: a) La sacralidad de la vida (o el valor intrínseco de la vida humana): Para quienes consideran que la vida humana comienza en la concepción, el feto es un ser humano con derecho a la vida, y el aborto es equivalente a un homicidio. Esta postura suele estar vinculada a creencias religiosas o a concepciones filosóficas sobre el inicio de la vida humana. b) La autonomía corporal y la

autodeterminación de la mujer: Desde esta perspectiva, se considera que la mujer tiene el derecho moral a decidir sobre su propio cuerpo y su futuro reproductivo. Forzar a una mujer a llevar a término un embarazo no deseado se ve como una violación de su autonomía y su libertad. c) Otros aspectos morales en juego incluyen la responsabilidad sexual, la consideración del bienestar de la mujer y del futuro niño, y la discusión sobre el estatus moral del embrión o feto en las diferentes etapas de su desarrollo.

El caso del aborto ilustra cómo la tensión entre estos sistemas puede generar conflictos profundos y prolongados. La falta de un consenso moral claro se traduce en una gran dificultad para alcanzar soluciones legales y sociales que satisfagan a todas las partes.

Moral vs. Jurídico: Las convicciones morales de quienes se oponen al aborto los impulsan a abogar por leyes que lo prohíban o restrinjan, mientras que las convicciones morales de quienes lo defienden los llevan a luchar por leyes que garanticen el acceso al aborto seguro y legal. Estas posturas morales opuestas generan una tensión constante en el ámbito legislativo y judicial.

Social vs. Jurídico: Las leyes sobre el aborto no siempre reflejan las normas sociales predominantes en una comunidad. Puede haber una brecha entre lo que la ley permite o prohíbe y lo que la sociedad considera aceptable o inaceptable. Esto puede llevar a la desobediencia civil (por ejemplo, clínicas que practican abortos en contra de la ley), a la movilización social para cambiar la ley o a la aplicación laxa de la ley por parte de las autoridades.

Social vs. Moral: La presión social puede disuadir a las mujeres de abortar, incluso si la ley lo permite y si su propia moral las inclina a hacerlo. El miedo al estigma, al rechazo social o al juicio moral de su entorno puede influir en su decisión, generando un conflicto interno.

El debate sobre el aborto es un ejemplo de cómo los sistemas de control social, jurídico y moral pueden entrar en un conflicto complejo y de difícil resolución. La interacción entre estos sistemas está marcada por la

negociación, la movilización política, la evolución de las normas sociales y la búsqueda de un equilibrio, siempre inestable, entre valores fundamentales que son, para muchos, irreconciliables. Este debate, lejos de estar cerrado, continuará evolucionando a medida que cambien las normas sociales, se produzcan avances científicos y se reconfiguren los equilibrios de poder en la sociedad.

4. Influencia recíproca:

Los cambios en un sistema pueden influir en los otros. Por ejemplo, un cambio en la ley puede contribuir a modificar las normas sociales (como la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo) o un cambio en la moral social puede impulsar reformas legales (como el movimiento por los derechos civiles). A continuación, se describen más ejemplos:

Cambio en la percepción del consumo de tabaco: Social: Antes era socialmente aceptable fumar en casi cualquier lugar. Ahora, hay una mayor conciencia sobre los daños del tabaco y una creciente reprobación social hacia los fumadores en espacios públicos. Jurídico: Se han promulgado leyes que prohíben fumar en lugares públicos cerrados, regulan la publicidad del tabaco y aumentan los impuestos a los productos del tabaco. Moral: La percepción moral del tabaquismo ha cambiado. Ahora se considera más como una adicción y un problema de salud pública que como una elección personal inofensiva. La preocupación por la salud de los demás (fumadores pasivos) ha cobrado mayor relevancia moral. Este cambio en la moral social ha impulsado la adopción de leyes más restrictivas.

Evolución de los derechos LGBTQ+: Social: La aceptación social de la diversidad sexual ha aumentado considerablemente en muchos países en las últimas décadas. Los prejuicios y la discriminación hacia las personas LGBTQ+ están cada vez más mal vistos. Jurídico: Se han promulgado leyes que prohíben la discriminación por orientación sexual o identidad de género, y en algunos países se ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo. Moral: La moral social ha evolucionado hacia una mayor aceptación de la diversidad sexual y el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ+. Los principios de igualdad, respeto y no

discriminación han ganado terreno en el ámbito moral, impulsando cambios legislativos y una mayor aceptación social.

Cambios en la legislación sobre el cannabis: Social: En algunos lugares, el consumo recreativo de cannabis está cada vez más normalizado y aceptado socialmente, especialmente entre ciertos grupos demográficos. Jurídico: Varios países y estados han legalizado o despenalizado el uso recreativo o medicinal del cannabis, modificando las leyes que antes lo prohibían. Moral: La percepción moral del cannabis está cambiando. Para algunos, sigue siendo una droga peligrosa e inmoral, mientras que para otros es una sustancia comparable al alcohol o al tabaco, cuya prohibición es moralmente cuestionable. Este cambio en la moral social, junto con el impulso por regular una industria en crecimiento, ha contribuido a la modificación de las leyes sobre el cannabis en algunas jurisdicciones.

5. Complejidad emergente:

Un ejemplo contemporáneo es la regulación de tecnologías disruptivas, como la inteligencia artificial. Las normas jurídicas intentan abordar problemas como la privacidad de datos, mientras que los debates éticos cuestionan los límites de la automatización y su impacto en el empleo. Al mismo tiempo, las percepciones sociales sobre el uso de estas tecnologías influyen en su aceptación o rechazo.

Conclusión

La comprensión de los sistemas de control social, jurídico y moral es esencial para analizar los procesos de regulación del comportamiento humano. Cada sistema cumple un rol insustituible, y su interacción refleja las dinámicas cambiantes de las sociedades. En un mundo globalizado, donde las tensiones normativas son cada vez más evidentes, articular de manera armónica estos sistemas representa un desafío fundamental para garantizar la convivencia, la justicia y el respeto mutuo.

ISSN 2145-6054

EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA Y LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA[1]

Thought of Iusnaturalism and Legal Interpretation[1]

Yezid Carrillo De la Rosa[2]
Ahneyenzy Carrillo Velásquez[3]

Fecha de Recepción: Mayo 5 2014
Fecha de Aceptación: Mayo 12 de 2014

---

[1] Artículo de Investigación parcial de un estudio de los modelos de interpretación del Derecho Constitucional realizada con propios recursos.

[2] Director del grupo de investigación teoría jurídica y derechos fundamentales "Phrónesis". Docente de la Universidad de Cartagena. Candidato a Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado Universidad Nacional de Colombia y Filósofo Universidad Santo Tomas.

[3] Investigadora del Grupo de Investigación en Teoría jurídica y derechos fundamentales "Phronesis", Profesora de "Teoría del derecho" de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. Candidata a Magíster en Global Rule of Law & Democracy Constitutional de la Universidad de Génova.

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho colombiano el principio de favorabilidad tiene una amplia regulación tanto de carácter jurídico nacional y jurídico internacional, a través, de los tratados ratificados por el Estado. En este punto mostraremos las diferentes normas que consagran el principio de favorabilidad, convirtiéndolo así en pieza clave al momento de llevar a cabo un proceso penal, todo esto a causa de

El problema de la existencia de un derecho natural fue el primer problema de la filosofía del derecho. Casi todas las corrientes y pensadores de la antigüedad se plantearon el problema del *jus naturale* o de un derecho por naturaleza, pero en estricto sentido no hubo iusnaturalismo, lo que suele identificarse como iusnaturalismo antiguo es una mezcla heterogénea de ideas sobre la justicia que a veces concuerdan y a veces niegan las tesis de la teoría del derecho natural.

El pensamiento griego conoció la distinción entre aquello que es por naturaleza (*physis*) y permanece invariable (Platón, 1982, 337 c-d) y aquello que surge como consecuencia de la convención o acuerdo, o por la voluntad de poder y se manifiesta en el hábito, la costumbre o la ley (Friedrich, 1993, 27), como propusieron los sofistas; en ocasiones contrapusieron las leyes del Estado y las leyes eternas de la naturaleza (Sófocles, 2001, 12); pero no distinguió entre el derecho natural y derecho positivo tal como fueron entendidos posteriormente. (Robles, 1993, 56)

Es evidente, sin embargo, que los argumentos que posteriormente permitirá la distinción conceptual entre derecho positivo y derecho natural ya están presentes en su forma de pensamiento. Así, en la teoría de Platón se encuentra presente la idea de valores eternos y verdaderos (arquetipos transcendentales) que existen en un mundo suprasensible más allá del tiempo y del espacio, entre los cuales podemos hallar la idea de bien, belleza y justicia (Riddall, 2000, 85) que luego estarán presentes en la teoría iusnaturalista de San Agustín. Pero el pensamiento griego no siempre otorgó al derecho natural, como sí los hace toda teoría iusnaturalista, fuerza vinculante frente al derecho positivo. Basta constatar la poca o nula autoridad que tenía, en el pensamiento de Aristóteles, la justicia política natural frente a la justicia política legal (Aristóteles, 1998, 118 y Riddal, 2000, 87), debido a que nunca se consideró a la primera como un derecho superior a la segunda; por el contrario, si existía contradicción entre ellos prevalecía el derecho convencional o particular frente al derecho común (léase derecho natural), ello en virtud del principio de que lo particular prima sobre lo general (Bobbio, 1993, 43), lo cual niega una de las premisas del iusnaturalismo al suponer que el derecho convencional es válido, independientemente de su correspondencia con la justicia natural (Ruiz Miguel, 2002, 38).

2. FORMAS DE IUSNATURALISMO

Para ser precisos solo debería hablarse de iusnaturalismo a partir del Medioevo con la aparición del iusnaturalismo teológico, cuando por primera vez se sostiene la tesis de un derecho superior con fuerza vinculante frente al derecho creado por los hombres o el Estado. San Agustín, por ejemplo, distingue tres tipos de leyes que en realidad es una sola que se despliega en tres momentos u objetos diferentes: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva que para ser legítima debe estar ajustada a la ley eterna, de allí su lapidaria frase de que “no es ley la que no es justa” (Garzón Valdez,

1998 y Riddall, 2000, 93). La ley eterna es la razón ordenadora del Cosmos al cual pertenece el mundo humano; por tanto, la ley natural es la misma ley eterna en cuanto participa de ella y la ley eterna es la misma ley natural en tanto se aplica al ámbito de lo humano. Finalmente, la ley positiva, producto de la razón humana, debe concordar con las dos anteriores en la solución más concreta de los problemas de cada sociedad atendiendo a sus particularidades (Robles, 1993, 58). En el caso de Santo Tomas La ley eterna es la razón divina que ordena todas las cosas en el Universo, les asigna un lugar y un fin a cada una y dirige todos los actos y movimientos de las criaturas. La ley divina no debe confundirse con la ley eterna, ella ha sido promulgada por Dios y se orienta al fin de la felicidad eterna y se conoce mediante la revelación (Betegón, 48). La ley natural surge de la participación de la criatura racional en la ley eterna y la ley humana es a su vez derivada por el legislador o por la costumbre de la ley natural (Bobbio, 1993, 39). Cuando la ley humana viola la ley natural estamos en presencia de ley corrompida o corrupta, pero no inválida o inexistente (Garzón Valdez, 21). Estas leyes pueden ser injustas de dos maneras (Riddall, 2000, 96). En primer lugar porque son contrarias al bien del hombre o se oponen al fin natural de las cosas; estas leyes, a pesar de su injusticia, deben ser obedecidas para evitar el escándalo y el desorden. En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen a la ley divina, en este caso de ningún modo pueden observarse. (Betegon, 48)

Con el surgimiento de la filosofía moderna y el establecimiento de las ciencias físico-matemáticas como modelo de todo conocimiento (Robles, 1993, 61) el iusnaturalismo asumirá el modelo racionalista para entender y establecer los derechos naturales, al margen de la historia (Betegón, 53). Accedemos al conocimiento del derecho correcto gracias a la razón que es su medida y su método. El iusnaturalismo racionalista parte en su estudio de la naturaleza humana, pero no se trata de una naturaleza real, histórica, sino de una naturaleza elaborada por la razón, una naturaleza ahistórica e individual que le permite formular reglas universales de conducta humana. Los matices y diferencias que se encuentran en los enfoques iusnaturalistas racionalistas dependerán de la forma como se configure esa naturaleza. (Betegón, 55)

En la época actual, la teoría más importante sobre el iusnaturalismo ha sido elaborada por J. Finnis, quien sostiene la existencia de una serie de principios morales, deducidos a partir de datos sobre la naturaleza, que constituyen la base de los derechos naturales. Influenciado por la tradición tomista y aristotélica considera que todo ser humano tiene ciertos propósitos y que el derecho debe tratar de propiciar la consecución de esas metas; por ello, las leyes deben ser hechas de tal manera que se muestren acordes con las exigencias de la razonabilidad universalmente válida (Riddall, 2000, 175). Finnis sostiene que los actos del gobernante deben descansar en el bien común, de suerte que si este los utiliza en contra del bien común, entonces sus leyes o directrices carecen de autoridad y por ello no crean obligación de obedecerlas. No obstante, en ocasiones es mejor obedecer una ley injusta para evitar el colapso del sistema en general (Riddall, 2000, 175-6). El bien es la meta de toda conducta inteligente que debe ser alcanzada y el derecho natural constituye el modo o la forma como mejor debe satisfacerse esa meta (Rodríguez-Toubes, 1993, 376). Dos tesis definen el carácter general de la obra (Riddall, 2000, 167-8):

a. La existencia de principios prácticos básicos o bienes humanos que no pueden ser garantizados sino por medio de leyes humanas. (derecho positivo)

b. Un conjunto de exigencias metodológicas de la razón práctica.

c. Un conjunto de criterios morales generales.

Los bienes humanos permiten el florecimiento humano; sin ellos, es imposible el desarrollo pleno de su potencial humano, Finnis enumera siete de esos valores básicos de la existencia humana: el conocimiento, la vida, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica y la religión. Según Finnis, los bienes humanos no se deducen de las inclinaciones humanas, pues estas incluso pueden más bien envolver tendencias negativas que hagan imposible el florecimiento humano, y por otra parte, no es posible establecer una jerarquía entre los mismos; todos los bienes son igualmente importantes e igualmente básicos (Riddall, 2000, 172). La razonabilidad práctica no solo es un bien sino, además, un procedimiento; hace alusión al proceso de razonamiento que cuando es llevado hasta sus últimas consecuencias y permite distinguir entre lo que son las acciones correctas, considerando todas la cosas, y no en relación con un propósito específico, de lo que es incorrecto; en el anterior sentido la razonabilidad práctica es fin y es medio para alcanzar fines. (Riddall, 2000, 172)

3. PERSPECTIVA ONTOLÓGICA, AXIOLÓGICA Y EPISTEMOLÓGICA DEL IUSNATURALISMO

La teoría del derecho natural o iusnaturalismo se puede caracterizar porque sostiene desde la perspectiva ontológica:

a. Que el sistema jurídico de una comunidad política incluye normas morales (derecho natural) y normas positivas (dualismo normativo[4]). Las primeras tienen carácter suprahistórico y tienen un contenido invariable, las segundas requieren siempre de las convenciones y las decisiones humanas y su contenido puede variar.

b. Que el derecho natural (valores y principios morales) constituye el "ser" y el "deber ser" de todo derecho positivo. En el anterior sentido, las normas morales constituye la esencia y contenido del derecho verdadero y correcto, mientras que las normas jurídico-positivas la apariencia y la forma del derecho verdadero y correcto. El derecho positivo no es el verdadero derecho sino una especie de reflejo o remedo de ciertos principios o derechos morales aceptados universalmente, que constituyen el verdadero derecho.

La teoría del derecho natural o iusnaturalismo se puede caracterizar desde la perspectiva axiológica:

a. Que el derecho es o debe ser moralmente correcto o justo y para ello debe ser conforme con los principios y valores de la doctrina moral que sirve de fundamento a los derechos naturales.

b. Que el valor más importante que debe incluir el derecho positivo es la justicia y, por tanto, el derecho injusto no es derecho válido; lo que puede conducir en algunos casos

[4] BETEGÓN, Jerónimo y otros. *Op. cit*. p. 34

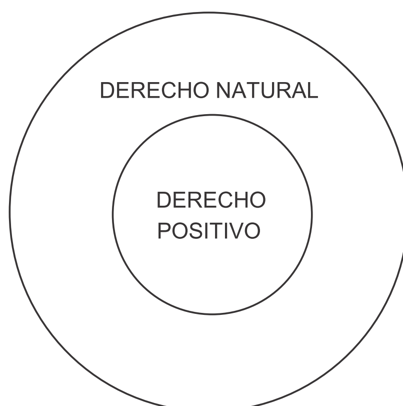
se considere que no es derecho, como lo hizo el Tribunal de Nurembergen respecto de las normas del Estado Nacional-Socialista o que se consideren simplemente como normas defectuosas. (Alexy)

La teoría del derecho natural o iusnaturalismo se puede caracterizar desde la perspectiva axiológica:

a. Que existen principios universalmente válidos de moralidad materializados en el derecho natural que pueden ser conocidos ya sea por revelación o intuición (teológico) o por la razón (racionalismo), o de observación y la aprehensión de las propiedades disposicionales (derivacionismo) que corresponden a nuestra esencia o naturaleza humana (Lisska, 1997), o por medio de la aprehensión intuitiva (inclinacionismo) de las autoevidentes inclinaciones naturales (Rhonheimer, 2006) inclinacionismo), o por la captación y evidencia de los bienes humanos básicos (Finnis, 2003) o de manera objetiva (ultrarealismo) como se conoce las realidades naturales. (Moore, 2003) Ultrarealismo)

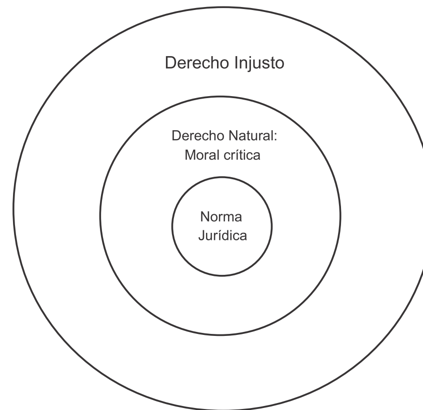
4. TESIS DE LA VINCULACIÓN O LA CONEXIDAD

El iusnaturalismo sostiene la tesis de que existe (o debe existir) una conexidad conceptual necesaria entre el derecho y una moral crítica o ideal, lo que significa, que no se puede definir o conceptualizar el Derecho al margen de la moral.



Gráfica No. 1

La gráfica anterior esquematiza la forma como el iusnaturalismo concibe las relaciones que se dan entre el orden normativo moral y el orden normativo jurídico. Para este, el derecho positivo (normas jurídicas individuales o un ordenamiento jurídico) está incluido y participa de la misma naturaleza o esencia de la moral y, por ello, no puede haber una norma jurídico-positiva inmoral o injusta que sea Derecho. Las reglas inmorales o injustas no pueden considerarse Derecho (San Agustín) o son derecho pero de una manera ilegítima o corrupta. (Santo Tomas)



Gráfica No. 2

De la anterior gráfica se infiere que para el iusnaturalismo el derecho positivo debe subordinar su contenido al contenido moral del derecho natural, pues el criterio de validez es esencialmente moral[5]. No basta, por tanto, que el derecho positivo sea legal (expedido con competencia y según un procedimiento) sino también legítimo y esa legitimidad depende de su conformidad con el ideal de justicia que propone una determinada moral ideal o crítica que se considera objetiva[6].

[5] ALEXY, Robert. "El concepto y la validez del derecho". Editorial Gedisa, Barcelona, segunda edición, 1997.
[6] NINO, Santiago. "Introducción al análisis del derecho". Editorial Ariel., S. A., Barcelona, 9ª edición, 1999. p. 28.

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Advertencia*

Este ensayo tiene por objeto hacer una presentación breve de la corriente doctrinal en el campo de la jurisprudencia, conocida como 'positivismo jurídico'. No es una exposición de las posturas teóricas particulares de los diversos autores a los que puede considerárseles "positivistas". Ciertamente, contendrá algunas indicaciones históricas, con el fin de que el lector tenga una orientación esquemática sobre algunas de las circunstancias culturales en las que hace su aparición el positivismo jurídico. El objetivo fundamental de este trabajo consiste en presentar la problemática planteada a esta corriente doctrinal sobre el tema del derecho, los supuestos filosóficos y metodológicos con los que maneja su objeto de conocimiento, así como sus rendimientos teóricos centrales.

De lo anterior se sigue que la exposición será de carácter objetivo, interesada más en la sustancia del enfrentamiento histórico con otras

* Licenciado en Derecho UNAM; Profesor por oposición (1968) de Introducción al Estudio de Derecho de la misma universidad. Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación (1968-1969); Embajador de México ante los gobiernos de Austria y Hungría (1973-1975); Embajador de México ante el gobierno de Alemania (RF 1976); Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1983-1985); Investigador Nacional (SNI) (1984-1985); Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (desde 1985); presidente de la misma (1991-1994); etc. Profesor Titular de Teoría del Derecho (ITAM) de 1994 a la fecha.

corrientes jurisprudenciales, como la del iusnaturalismo, que en el relato de las diversas posiciones individuales de los autores que se alinean en los campos doctrinales en contienda. En el trabajo se pone especial énfasis en la posición adoptada por Hans Kelsen (1973-1981), por ser este autor el más conspicuo de los positivistas y el que ha desarrollado la problemática de esta postura de una manera más completa y consecuente.

2. *Origen del positivismo moderno*

No existe una definición única de la palabra 'positivismo'; todos los autores que la utilizan le confieren diverso significado. La expresión 'positivismo' designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, algunas de las cuales se encuentran en relativa oposición entre sí. Sin embargo, como dice Abraham Kaplan, puede distinguirse entre un positivismo del siglo diecinueve y un positivismo del siglo veinte,[1] a pesar de que ambos tienen como origen común el gran movimiento cultural del siglo dieciocho conocido como "La Ilustración" o "El Iluminismo". Para caracterizar la peculiaridad histórica de este movimiento cultural debemos citar las memorables palabras de Immanuel Kant (1724-1804), quien en muchos aspectos puede ser considerado como uno de los autores que más condicionó el nacimiento del positivismo filosófico:

> La ilustración consiste en el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad. Él mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la conducción de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. ¡*Sapere aude*! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración.[2]

Newton dijo *Hipothesis non fingo* y construyó el sistema del universo a partir de *phenomena* establecidos por observadores tan conspicuos como, por ejemplo, Tycho Brahe (1546-1601). Estos *phenomena* eran representaciones matemáticas o geométricas de las observaciones realizadas, durante pacientes años de acucioso trabajo, sobre las posiciones relativas de los planetas en el sistema solar, así como descripciones de las órbitas de los mismos. Sus leyes del movimiento y el principio de gravitación universal habían dado cuenta y razón de todos estos *phenomena*, construyendo el sistema del universo con elementos puramente

---

[1] *Vid.* "Positivism en Sills, D.L. Ed., *International Encyclopaedia of social seiences*, Nueva York, Macmillan, 1968, p. 389.

[2] *Ensayo sobre la Ilustración.* (Párrafo introductorio).

racionales, de fundamento matemático, sin ayuda de hipótesis de origen divino o mandatos eclesiásticos.

El hombre adquirió confianza en su propio entendimiento y en la autonomía de su razón. Desde entonces es posible comprender de manera autónoma, independiente de toda religión o autoridad, el sistema del mundo. La teología y la metafísica fueron citadas ante el tribunal de la ciencia y fueron descalificados sus pretensiones cognoscitivas y morales, declarándolas no confiables e insuficientemente justificadas por los únicos patrones disponibles para el ser humano: su propia y limitada razón y experiencia. El hombre asume su autonomía y se dedica a construir y reconstruir, de manera completamente independiente de cualquier autoridad o tradición, los conocimientos que lo orientan dentro de este mundo y las instituciones en las que vive. La ciencia se convirtió en el instrumento de esta revolución del pensamiento.

2. *Supuestos culturales del positivismo*

No es necesario exponer aquí las aportaciones fundamentales de los autores Descartes (1596-1650), Hume (1711-1776), Locke (1632-1704), Berkeley (1685-1753), Bacon (1561-1626), Kant, Mach (1838-1916), Avenaruis (1843-1896), Comte (1798-1857), miembros el Círculo de Viena que prepararon y consumaron el advenimiento del positivismo de los siglos XIX y XX. En todos ellos se contienen contribuciones de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos presupuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre cierto tipo de problemas, con una manera especial de abordarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición con las ciencias empíricas.

El positivismo no es un paradigma determinado, concluido, definitivo, como un código de leyes caído del cielo, sino una posición filosófica ante los problemas más acuciantes del conocimiento y la moralidad. El postulado fundamental es que la ciencia es el único criterio de verdad; la ciencia es la "medida" de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe, así como de aquello sobre lo que tiene sentido la formulación de preguntas y la obtención de respuestas correctas. Si la Edad Media fue una época en la que la totalidad de la vida estaba permeada por la religión, al grado que no existía una sola actividad que no tuviera una coloración ultramundista, el positivismo creó un ambiente radicalmente antimedieval en donde ninguna cuestión religiosa tenía cabida o podía legitimarse. Si la ciencia es el único conocimiento válido, sólo los hechos empíricos son objeto de el conocimiento. El positivismo niega la posibilidad de cualquier otro conocimiento que no sea el conocimiento de hechos empíricos observables y, por tanto, niega la

existencia de fuerzas o acontecimientos de carácter trascendente, ultramundista o metafísico. Hume expresa todo esto de una manera muy impresionante y radical:

> Cuando uno recorre las bibliotecas persuadido de estos principios ¿qué destrucciones tenemos que realizar? Si tomamos en nuestra mano cualquier volumen, por ejemplo sobre la divinidad o una escuela de metafísica, preguntémonos *¿contiene cualquier razonamiento abstracto relativo a la cantidad o al número?* No. *¿Contiene algún razonamiento experimental relativo a alguna cuestión de hecho y existencia?* No. Arrojémoslo a las llamas, porque no contiene otra cosa que sofistería e ilusión.[3]

II. Caracterización del positivismo

1. *El positivismo científico*

El positivismo determina tanto el tipo de conocimiento que es legítimo o válido, como la clase de objetos que pueden ser materia de un conocimiento científico. En este sentido, es fundamental mencionar la posición de Mach, cuya influencia durante el siglo pasado fue determinante en la evolución de la física y de la filosofía. Según Mach, la ciencia provee descripciones concretas de las interdependencias funcionales entre fenómenos. Los elementos que se encuentran relacionados por las leyes científicas son experiencias puras que no son ni mentales ni físicas, sino datos neutrales, susceptibles de ser considerados por todas las ciencias, las cuales se distinguen entre sí por la manera peculiar de interrelacionar estos elementos. Las ciencias sólo pueden proporcionar descripciones de las relaciones que guardan los fenómenos; pueden determinar *cómo* acontecen los fenómenos, no *por qué* acontecen. Para el positivismo, cualquier intento de explicación de un acontecimiento mediante la contestación a la pregunta: '¿por qué?', es intento metafísico.

Esta última observación puede describirse de la siguiente manera:

(1) Sólo hay fenómenos y leyes descriptivas de los fenómenos; por tanto, el objeto de las consideraciones científicas son experiencias empíricas; a este principio lo podemos llamar '*emp 1*'.
(2) Las ciencias se distinguen entre sí por la manera peculiar de organizar los fenómenos y por los particulares puntos de vista que utilizan para llevar a cabo su tarea descriptiva; a este principio lo podemos llamar '*emp 2*'.

[3] *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Aguilar, 1973, p. 184.

(3) Debe rechazarse toda explicación metafísica, que vaya más allá de los límites estrictos de las ciencias empíricas; a este principio lo podemos llamar '*emp 3*'.

2. *El positivismo jurídico*

Los principios del positivismo filosófico se aplican estrictamente al positivismo jurídico, pudiendo desprenderse de ellos las características fundamentales de los diversos usos que la expresión 'positivismo jurídico' ha tenido en el transcurso del tiempo.

Kelsen afirma que por 'positivismo jurídico' debe entenderse toda teoría del derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio al derecho positivo y rechaza como derecho a cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del "derecho natural".[4] En este concepto de positivismo jurídico encontramos consignados los tres principios que hemos determinado para el positivismo filosófico. En realidad, el positivismo jurídico, con sus diversos matices, puede ser considerado como una aplicación, más o menos consecuente, de nuestros tres principios *emp*.

El objeto de consideración de la ciencia jurídica son las normas positivas, las que son consideradas como las experiencias fundamentales a las que debe referirse la ciencia del derecho. A este principio podemos denominarlo '*emp jur 1*'.

La función de la ciencia jurídica consiste en la descripción de las relaciones funcionales existentes entre las normas positivas, objeto de la ciencia jurídica. A este principio podemos denominarlo '*emp jur 2*'.

Debe rechazarse toda teoría que afirme la existencia de normas no positivas, cualquiera que sea la fuente o el origen de ellas, como metafísica jurídica. A este principio podemos denominarlo '*emp jur 3*'.

—Señala Bobbino (1909)— los tres principios se corresponden, en mayor o menor medida, aunque no de manera directa, con los "tres aspectos diferentes, desde los cuales se ha presentado históricamente (el positivismo jurídico): (1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; (2) como una determinada teoría o concepción del derecho; (3) como una determinada ideología de la justicia."[5] No es necesario exponer la caracterización que de estos tres aspectos hace Norberto Bobbio en sus ensayos sobre el positivismo jurídico, baste decir que existe la correspondencia señalada anteriormente. También es fácil relacionar lo dicho

---

[4] "Was ist juristcher Positivismus", en *Juristen-Zeitung*, Núm. 20, Jahrgang, Heft 15/16, pp. 465-468.

[5] *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, pp. 39-40.

hasta ahora con los cinco temas fundamentales que presenta H.L.A. Hart (1907-1994) en su ensayo "Legal Positivism" publicado en *The Encyclopaedia of Philosophy.*[6]

II. Aportaciones fundamentales del positivismo jurídico

1. *Plantemiento*

Es conveniente señalar al efecto cuál ha sido la determinación de su objeto de conocimiento, la forma como lo ha determinado o constituido, para utilizar terminología kantiana, y cuál ha sido la posición que ha asumido en relación con el eterno problema y tema filosófico del derecho natural.

Estos tres puntos se encuentran entrelazados de manera inescindible. Para fines expositivos haremos las divisiones mencionadas. En nuestra exposición seguiremos primordialmente la teoría de Kelsen, en el entendimiento de que los temas que se abordan se encuentran contenidos en las obras de otros autores positivistas como Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859), Hart, algunos de los cuales se encuadran dentro de la corriente analítica de la jurisprudencia y comparten, en gran medida, el punto de vista del positivismo jurídico.

Los temas centrales de toda ciencia, hablando positivistamente, son, en primer término, la determinación de **los elementos objeto de su consideracion**; y, en segundo término, el establecimiento de **un criterio unificador descriptivo de su objeto de conocimiento**. En este segundo aspecto se trata de establecer **la unidad del concepto del objeto de estudio**.

Es un hecho histórico que juristas y filósofos de distintas corrientes, han admitido diversas tesis que afirman la existencia de una pluralidad de órdenes normativos, distintos entre sí, que se presentan con pretensiones de validez, o lo que es igual, con la pretensión de normar, de manera obligatoria, la conducta humana. Podemos decir de manera sumaria, que los órdenes normativos que se presentan con esta pretensión de validez, cualquiera que sea su fundamento, son en principio los siguientes:

a. El derecho positivo nacional.
b. El orden normativo constitutivo del Estado.
c. El derecho internacional.

---

[6] *Cf.*: EDWARDS, Paul. Ed., NuevaYork, Macmillan & Free Press, 1968, t. IV, pp. 418-420.

d. Las normas morales, de cualquier tipo.
e. El derecho natural.
f. Las normas religiosas, de cualquier tipo.
g. Las normas convencionales o convencionalismos sociales, de cualquier tipo.

Es pertinente observar en este lugar que la obra teórica de Kelsen presenta la hipótesis que logra la unificación de los primeros tres órdenes normativos, que en conjunto constituyen lo que es considerado como derecho positivo. Más adelante se harán algunas consideraciones sobre los restantes órdenes de normas, desde el punto de vista de las tesis adoptadas por el positivismo.

2. *El derecho positivo nacional*

La teoría del derecho se ha ocupado de manera constante del derecho positivo nacional. Sin embargo, la diversidad de doctrinas en relación con estos temas, no dejan duda alguna sobre el hecho de que todos los tratadistas afirman la existencia de un conjunto de normas, a las que le dan el nombre de 'derecho y que, de una u otra forma, las consideran el prototipo de las normas jurídicas. Este conjunto de normas, delimitado con mayor o menor precisión, se integraría por el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo y, el derecho mercantil. Estos complejos normativos eran considerados, en el siglo pasado, como el prototipo del derecho nacional. A él estaban dirigidas las consideraciones teóricas de los juristas dogmáticos.[7]

3. *El orden normativo constitutivo del Estado*

Paralelamente al derecho positivo nacional de carácter privado o público, se presenta a la consideración de los juristas el derecho constitutivo del Estado, a veces identificado con el derecho público. Lo que importa señalar es que muchos de los teóricos del Estado consideraban a éste como un objeto específico regido por un orden normativo (no siempre identificado con el derecho público), por normas propias, de naturaleza social, positivas, que determinaban el comportamiento de los sujetos titulares de los órganos del Estado de una manera tan rígida que podía considerarse que operaban con la misma efectividad de las leyes naturales. El Estado constituía un objeto de estudio propio, independiente del

---

[7] No es pertinente en este ensayo hacer referencia a otras épocas históricas. El lector interesado en ello puede consultar Harold J. BERMAN *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press. 1983.

derecho, aunque en relación estrecha con él. El derecho público generalmente era el derecho que se relacionaba con el Estado. La relación entre los derechos nacionales y el orden del Estado no estaba claramente delimitado.

4. *El derecho internacional*

Por otra parte, desde tiempo atrás venía desarrollándose un cuerpo doctrinario muy importante y de profundas raíces históricas, sobre el conjunto de normas que regulan la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.[8]

Durante los siglos anteriores, cada una de estas tres corrientes doctrinarias era construida de manera independiente y separada. Basta leer los libros fundamentales de teoría jurídica del siglo pasado o principios del presente siglo, para darse cuenta de las dificultades teóricas que originaba esta pluralidad de puntos de vista. Dentro de cada una de estos cuerpos teóricos existían, sin embargo, elaboraciones muy importantes, que resultarían muy fructíferas con posterioridad.

Debemos reconocer expresamente el genio de John Austin el gran jurista inglés, quien con la más audaz e inteligente concepción, intentó exitosamente, con base en sus estudios de la jurisprudencia continental, especialmente la alemana, la unificación de estos diversos órdenes normativos en un sistema, incluyendo en él, claro está, las normas morales y el derecho natural. Dentro de su elaboración teórica el punto de vista fundamental es el concepto de positividad, es decir, la admisión de la existencia de normas que son el mandato de un soberano.

El siguiente paso teórico para lograr el concepto de la unificación de los órdenes normativos mencionados, fue dado por Kelsen en 1910, al publicarse su primera gran obra.[9] En ella encontramos, sobre la base filosófica de la teoría de la experiencia de Kant, una concepción unitaria, de los conceptos jurídicos fundamentales, tal como habían sido elaborados en el curso del siglo XIX por diversos juristas y filósofos del derecho. En esta obra se hace una revisión exhaustiva de la teoría del derecho producidahasta entonces y se establecen, por vez primera, dentro del ámbito de la jurisprudencia continental, una postura unitaria sobre la totalidad de los temas iusfilosóficos. Se discute pormenorizadamente

---

[8] WECKMANN, L. *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

[9] *Cf.* Hans KELSEN *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tubingen: J.C.B. MOHR (Paul Siebeck) 1910. XXXVII. (Hay traducción en español de Wenceslao Roces con notas, revisión y presentación mías: *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*. México, Editorial Porrúa, S.A. 1987.

cada una de las teorías sobre el derecho y sobre los conceptos jurídicos fundamentales, como son el de sanción, antijuridicidad, derecho subjetivo, obligación, responsabilidad. Esta obra contiene la primera aportación fundamental de Kelsen, a partir de la cual y con base en ella, construirá la totalidad de su sistema teórico subsecuente.[10]

Kelsen, en su segunda gran aportación teórica Der sociologische und der juristische Staatbegriff,[11] (1922), logró unificar dos teorías diferentes: la teoría del derecho y la teoría del Estado, mediante su tesis de la identidad del derecho y el Estado. El orden jurídico, como orden coactivo de la conducta humana, y el Estado, como "aparato coactivo", constituyen el mismo objeto de conocimiento. El orden jurídico y el orden estatal son uno y el mismo orden de normas: el derecho positivo. Dice Kelsen, en el Prólogo de su *Teoría General del Estado*, en donde resumió las aportaciones teóricas hechas monográficamente con anterioridad y donde da cuenta de su posición histórica en la ciencia de las normas:

> Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek... Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la ciencia del derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido "verdadero" o "justo"; cuando suprimo las distinciones —que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad— entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación de derecho, etcétera, para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la

---

[10] Es conveniente señalar que toda teoría es un intento, más o menos exitoso, de crear una concepción unitaria sobre determinados objetos. Podemos observar en las ciencias naturales una progresiva unificación de las ciencias que, en principio, tenían objetos de explicación parciales. Actualmente se ha progresado tanto en esta tendencia, que hay autores que afirman que se espera, en un futuro no lejano, se logre construir una teoría que unifique la totalidad de las leyes naturales formuladas hasta la fecha, la toe (Theory of Everything), i. e., la teoría que unifique en un conjunto de leyes específicas las cuatro fuerzas o interacciones conocidas que operan en el universo: la fuerza electromagnética, la fuerza fuerte, la fuerza débil y la fuerza de la gravitación. Esta es una tendencia observable del conocimiento de cualesquiera objetos.

[11] Con el subtitulo: *Kritsche Untersuchung des Verhältnisses swischen Stoat und Recht*, Tubinga, J.C.B. Mohor (Paul Siebeck) 1922.

inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía.[12]

En 1920 concluye Kelsen su libro *El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional*,[13] en el cual se contiene su tercera gran aportación teórica: la constitución de un único sistema de normas a partir de los órdenes jurídicos nacionales y el derecho internacional. Ya no se trata de la identificación de dos órdenes normativos que aparecen superficialmente como distintos, por el hecho de utilizar legalidades epistemólogicas diferentes: la categoría del deber ser, en el caso del derecho y la de la causalidad, en el caso del Estado, sino de un problema estrictamente normativo: ¿cómo es posible formar un sistema único con dos órdenes jurídicos distintos, concebidos desde el punto de vista de una y la misma legalidad normativa del deber ser? La solución se encuentra en el concepto *dinámico del derecho*, es decir, en el concepto de que el derecho regula su propia creación escalonada. Dos órdenes normativos forman una unidad siempre que uno de ellos se encuentre subordinado al otro, en el sentido de que uno es el fundamento de validez positivo del otro, es decir, si uno de los órdenes normativos establece los procesos de creación del otro u otros y determina sus ámbitos de validez normativa. Con ello, se establecen las *condiciones epistemológicas para lograr la unificación de diversos órdenes normativos*. Con base en este concepto, se puede obtener la unidad del orden jurídico, el estatal y el internacional.

Estas son las aportaciones fundamentales del positivismo jurídico de Kelsen, presentadas de manera muy esquemática y general. Las doctrinas anteriores prepararon el camino para la construcción de estas aportaciones fundamentales.

---

[12] Trad. de Luis Legay y Lacambra, madrid Labor, 1934. (Versión española de *Allgemaine Saatlehre*, Enzyklopädie der Recht- und Staatwissen safften, 23. Band, Berlín, Julius Springer, 1925.

[13] *Das Problem der Soberänität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag uz einer reinen Rechtslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1920.

LOS DERECHOS HUMANOS Y ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS EN EL MUNDO DE HOY

Rafael Del Águila

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...» Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo (10/12/1948).

El año 1789 es el año de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia Revolucionaria. Esta declaración, la primera en realidad, tuvo una enorme influencia en la formación de los sistemas políticos de la modernidad europea y en los ordenamientos constitucionales de gran cantidad de países. Pese a nacer vinculada a una revolución nacional (la francesa) y a un Estado particular, esta declaración poseía una vocación universalista. El jacobino Saint-Just afirmaba que con ella el pueblo francés había votado la libertad del mundo entero.

En 1948 la ONU aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como es obvio, la vocación universalista de los derechos se incrementó con su aparición, pues el impulso hacia la emancipación humana y el reconocimiento internacional de la importancia de los derechos humanos fueron desde el inicio sus características primordiales. De hecho, la aspiración última de esta declaración consistía en convertir al ser humano en sujeto del derecho internacional (cosa que tradicionalmente fueron —y son— los Estados) y en un actor de relevancia en ese ámbito.

En la actualidad, tras el fin del mundo bipolar, parece que cada vez existen menos obstáculos para una efectiva implantación de los derechos humanos a todos los lugares del globo. Es cierto que, incluso durante la guerra fría, los Estados comenzaron a perder su tradicional inmunidad respecto de las posibles prác-

ticas domésticas que resultaran lesivas de los derechos humanos. Sin embargo, hasta la caída del muro de Berlín las acciones de la sociedad internacional a este respecto habían sido limitadas y modestas en ámbito e impacto. Pese a la proliferación de agencias, grupos, Organizaciones No Gubernamentales o instituciones dedicadas a la vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos, el mundo bipolar que dividía en esferas de influencia el globo terráqueo no hacía fácil la efectiva implantación de los derechos humanos. Si la Unión Soviética o China protegían, incentivaban y mantenían regímenes tiránicos (desde los más «suaves» como Polonia o Argelia hasta los abiertamente criminales como la Camboya de Pol-Pot, por no hablar de sus propios sistemas), los Estados Unidos, abanderados del «mundo libre», apoyaban por «razones estratégicas» a Duvalier en Haití, Marcos en Filipinas, el Shah en Irán, Pinochet en Chile, o Mobutu en el Zaire, por dar sólo algunos nombres de la que fue sin duda una larga y ominosa lista. El fin del mundo bipolar transformó esta situación, eliminó las «justificaciones» para apoyar regímenes que violaran los derechos humanos y convirtió en más transparentes esas violaciones ante los ojos de la opinión pública internacional.

En efecto, después de la caída del muro de Berlín los diferentes Estados han perdido su tradicional inmunidad ante el escrutinio público de sus prácticas políticas relacionadas con los derechos humanos. Así, se ha establecido un extenso sistema (formal e informal) de «seguimiento» y «monitorización» de tales derechos a través de organizaciones globales o regionales, de Organizaciones No Gubernamentales, de otros Estados, etc.[1] De este modo, la interdependencia moral y cultural encuentra campo de expresión también en la esfera de las presiones políticas. El «daño» de la transgresión sistemática de esos derechos en algunas zonas del planeta es vivido como un «daño moral» por parte de los occidentales (rechazo, escándalo, identificación con las víctimas, etc.) Aunque tal daño es percibido muy selectivamente (esto es, abundan los casos de doble rasero o bien el acceso al mismo depende fuertemente de los medios de comunicación y sus

---

[1] Por ejemplo, J. Donnelly (1992). En este artículo, por lo demás, se sostiene que los progresos realizados en materia de protección y desarrollo de los derechos humanos se deben a políticas estatales o nacionales, mucho más que a políticas llevadas a cabo por instituciones internacionales: tribunales, regímenes internacionales, etc. No puedo discutir en detalle este asunto, pero es conveniente recordar aquí que la existencia o no de regímenes jurídicos internacionales de protección de derechos humanos depende fuertemente de las demandas de grupos domésticos, de la presencia de una opinión pública poderosa y homogénea, de la creación de un poder judicial fuerte e independiente, etc.; esto es, dependen de la asunción de valores e instituciones cruciales de la democracia liberal, como el caso de Europa demuestra. Véase A. Moravcsik (1995).

prioridades, etc.) no es menos cierto que constituye, hoy por hoy, la base legitimadora de las intervenciones y presiones que tratan de eludir la frontera de la soberanía estatal.

Es conocida la tesis de Francis Fukuyama (1992) según la cual el fin de la guerra fría significó, de hecho, la victoria de uno de los lados: el de las democracias liberales. Lo cierto es que esta idea ha sido fuertemente contestada. Sin embargo, me parece que hay algo de lo que caben pocas dudas, a saber: el fin de la guerra fría supone alguna forma de hegemonía de ciertos valores y creencias liberal-democráticas. Por otro lado, de la mano de esa hegemonía, hace su aparición en la esfera internacional una cada vez más fuerte interdependencia moral. Y a su vez, en el centro de esa interdependencia moral se encuentran los derechos humanos.

Sin embargo, no se trata exclusivamente de un problema de valores e ideas. No son sólo valores y creencias los que son compartidos cada vez más ampliamente. Está, además, la proliferación de las reglas internacionales sobre la protección de los individuos y la aparición de convenciones jurídicas regionales y ratificaciones estatales cada vez más numerosas de esos principios. De este modo, el resultado está comenzando a ser el de la extensión efectiva de los derechos humanos al mundo entero. Esto por no hablar de la ya aludida relativización del principio de soberanía que hace que exista mayor disposición por parte de la comunidad internacional a aceptar intervenciones y presiones en la política doméstica de los Estados destinadas a promover valores ligados a los derechos humanos. De igual modo, parece que el consenso respecto de ciertos derechos humanos fundamentales, básicos y mínimos es cada vez mayor, por no decir prácticamente unánime: protección contra el genocidio, persecución de los delitos contra la humanidad, etc.

El ex Secretario General de la ONU, Pérez de Cuellar afirmaba ya en Abril de 1991: «probablemente hemos alcanzado un estadio en la evolución psicológica y ética de la civilización occidental, en el cual la violación masiva y deliberada de los derechos humanos no será tolerada» (véase N. S. Rodley 1992: 14 y ss).

Sin duda, este relato es el que habitualmente aparece en el discurso público y la gran mayoría parece mostrarse de acuerdo con él. Pero ¿Es un relato fiable? ¿Es cierto? ¿Al referirnos a los derechos humanos estamos hablando todos de lo mismo? ¿Existen dificultades en su comprensión o en su implantación? ¿A qué se deben esas dificultades en el mundo globalizado de hoy? Este breve trabajo tratará de contestar algunas de estas preguntas.

EL UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS TENSIONES CON EL DERECHO A LA DIFERENCIA Y EL RELATIVISMO CULTURAL[2]

El universalismo de los derechos humanos se fundamenta en la idea de igual dignidad humana aplicable a todos los seres humanos sin distinción de raza, religión, género, nacionalidad, etc. Esta igualdad esencial de toda la raza humana deriva en sus formulaciones clásicas del igual uso de la razón. El emperador y filósofo estoico Marco Aurelio lo dejó escrito:

> «*Si la capacidad intelectiva nos es común, también la* razón, *por la que somos racionales, nos es* común. *Si es así, también es común la razón que prescribe lo que debemos hacer o no. Si es así, también la* ley *es* común. *Si es así, somos ciudadanos. Si es así, participamos de algún tipo de constitución política. Si es así, el* mundo *es como una* ciudad» (Marco Aurelio 1985, libro IV, cap. 4 y el subrayado es mío).

La idea de que a todos los seres humanos nos es común la razón conduce en el texto a la idea de ley global (ley común a todos los seres humanos) y a la intuición de comunidad política global (el mundo es como una ciudad). Así pues, ya desde los inicios del cosmopolitismo el fundamento de lo común se establece en términos de racionalidad compartida. Gracias a ella podemos suponer que lo que nos une en tanto humanos nos permitirá establecer leyes en las que se consagren ciertas características que compartimos.

El planteamiento ilustrado de los derechos humanos bebe de esta fuente: la racionalidad es un rasgo de la humanidad, pero además, su uso libre y público conducirá a un conocimiento perfecto sobre su contenido. Dicho de otro modo, no es sólo que la razón nos sea común, es que a través suyo llegaremos a descubrir un conjunto de reglas indudables para ordenar la convivencia. Así, Kant (1996) suponía que la paz entre las naciones y la justicia universal sería el resultado de la deliberación pública de acuerdo a la razón y que eso inclinaría a todas las repúblicas libres a establecer entre ellas una federación que terminara con la violencia, la guerra y el enfrentamiento al tiempo que garantizaba internamente (es decir, en el plano doméstico) el cumplimiento de los derechos del hombre. El uso de la razón nos impelería hacia el consenso universal y al respeto de la dignidad humana en todos los lugares.

---

[2] Algunos de los temas tratados en este epígrafe han sido elaborados por mí recientemente en R. Del Águila (2000, Cap. IV:245 y ss).

Desde luego estas ideas parecen buenas. O sea parecen conducir a resultados beneficiosos para todos partiendo de la esencial igualdad de todos (universalización de los derechos, por ejemplo). Pero, lamentablemente, también tienen un lado oscuro. Y ese lado oscuro surge de su misma formulación. En efecto, parece que quien se negara a ese consenso universal de la razón, a ese acuerdo perfecto en lo que queremos decir al hablar de racionalidad o de libertad o de derechos, estaría actuando irracionalmente. Quien no estableciera y respetara los derechos humanos (tal y como son definidos según el canon occidental) estaría actuando en contra de la razón, y por tanto en su propia contra, en contra de su humanidad y de sus verdaderos intereses. Quizá estas ideas (o sus lecturas fuertes y taxativas) concedieron demasiado espacio en el pasado a una suerte de paternalismo de Occidente con el resto del mundo al que cabe considerar como pieza clave en la justificación del imperialismo occidental decimonónico. En efecto, según la versión oficial del asunto durante el siglo XIX, aquellos que no respetaran las bases racionales (tal y como estas se entienden en Europa) debían ser considerados salvajes a los que era necesario civilizar. En estado de minoridad, los no-europeos eran como niños a los que había que educar y salvar de sus inclinaciones salvajes, irracionales y destructivas. Y, en ese caso, ellos debían aprender la «primera lección de la civilización: esto es, la obediencia» (Mill 1991: 260).

Efectivamente, en un primer momento los derechos humanos se entendieron de manera evolucionista, es decir, se consideraba a las sociedades humanas como un conjunto coherente y unitario que debían atravesar fases idénticas en su evolución y dirigirse hacia un modelo de corte occidental definido por ciertos rasgos socio-político-culturales muy concretos. Algunos de estos rasgos podrían ser: existencia de orden político estatal (o sea, de Estado), individualismo, secularización, economía capitalista, incremento de la complejidad, etc. Aunque se solía reconocer que la evolución podía tener en cada caso su propio ritmo, se suponía que el fin al que toda sociedad humana se dirigía era el mismo. Prácticamente todos los enfoques del análisis de la evolución social compartían estos presupuestos. Estructuralistas, difusionistas o funcionalistas mantuvieron en grados diversos esta visión ilustrada que tiende a establecer algo así como un principio jerárquico favorable a las formas sociales y culturales de Occidente. Se analizaba el tema suponiendo a las sociedades no occidentales como el fin al que tendían todas las demás formas sociales. De este modo se produjo aquello que Louis Dumont (1987: 231 y ss) llamaba principio de «englobamiento del contrario», de acuerdo al cual cuando un principio o una idea crece en importancia y en prestigio adquiere la propiedad de subsumir en ella misma a la contraria. Los derechos que se seguían de la razón ilustrada englobaban a la diferencia manteniéndola en dependencia jerárquica respecto de ellos.

En realidad, los partidarios de este tipo de universalismo suponían, y suponen, que existe una unidad esencial de todos los seres humanos y consideran las diferencias entre ellos como algo superficial o accidental que, en todo caso, puede ser superado mediante la actitud racional adecuada (Sawadogo 1995). El aspecto positivo de este planteamiento podría ser su clara oposición a ciertas prácticas sociales racionalmente injustificables aunque se encuentren ligadas a contextos culturales específicos: esclavitud, sacrificios humanos, mutilaciones sexuales, quema de viudas, etc. Aunque la política concreta de los imperios fue considerablemente «tolerante» con estas prácticas abusivas, no cabe duda de que la perspectiva universalista que analizamos les hubiera dotado, de haber existido voluntad política para ello, de justificación intervencionista (en este caso, prohibicionista).

Como alternativa a esta perspectiva universalista de los derechos se alzan las críticas que denuncian la desconsideración con lo diferente que tal perspectiva llevaría aparejada. Curiosamente, también en la primera formulación del emperador Marco Aurelio encontramos la que será la tensión principal en la aplicación del concepto de razón compartida o universal: la tensión entre la ciudad en la que efectivamente vivimos (nuestra cultura, nuestra nación, etc.) y la ciudad de todos (la ciudad racional). Una vez más Marco Aurelio lo escribió: «mi ciudad y mi patria, en cuanto Antonino, es Roma; en cuanto hombre, el mundo» (1985, libro VI, cap. 44). Es decir, mi ciudad, en tanto miembro de una familia y una comunidad particular es Roma, mi ciudad en tanto ser racional es el mundo.

Comunitaristas, postmodernos o relativistas culturales critican al universalismo de los derechos y subrayan, por decirlo con Marco Aurelio, la pertenencia a Roma, antes que la vinculación con la ciudad de la razón. Así, frente a las jerarquías y a la uniformización del universalismo se reivindica una visión más plural que considera a todas las sociedades como poseedoras de culturas y valores propios, inconmensurables respecto de las demás y no siendo parte en absoluto de evolucionismo jerárquico alguno. Se trata así de reivindicar la particularidad frente al imperialismo o al colonialismo al que daría base la perspectiva universalista y de oponer a sus abusivas pretensiones el derecho a la diferencia y a la autodeterminación de todo un conjunto de comunidades y tradiciones diferenciadas. En esta línea, se señalan los vínculos de la problemática de los derechos humanos con una determinada evolución histórica de Occidente[3] y se advierte que su «im-

[3] Evolución cuyos nombres y documentos podrían ser: estoicismo, Cicerón, *ius gentium* y Roma, teólogos españoles, Sepúlveda, Las Casas, Suárez, Grocio, Locke, Jefferson, Mill, Kant, etc; el *Bill of Rights* inglés (1689), la declaración de independencia de los EEUU (1776), la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), distintos documentos de instituciones internacionales (Sociedad de Naciones o Naciones Unidas), o, en fin, la propia Declaración de Derechos del Hombre de la ONU.

posición» a otros ámbitos culturales pertenece propiamente hablando al imperialismo más injustificable.

Tomemos el caso de las sociedades tradicionales indígenas[4]. En ellas la preservación de la armonía social del grupo (etnia, clan, tribu, familia) arrumba toda consideración de carácter, digamos, individualista que constituye, como es sabido, una de las bases de la comprensión de los derechos humanos. Debido a ello los derechos y deberes en aquellas sociedades no se refieren directamente a los individuos, sino a la forma en la que éstos se engarzan con la comunidad. La persona pasa por diversas etapas y posiciones sociales: circuncisión, matrimonio, nacimiento de hijos, iniciaciones religiosas, etc. La tierra, por su lado, es propiedad comunal no susceptible de apropiación individual. En estas condiciones culturales los derechos y deberes de los individuos varían de acuerdo con su *status* (hijo, padre, mujer, niño, anciano, etc.) produciéndose colisiones con las concepciones universalistas (u occidentales, como se prefiera) de los derechos humanos. Por ejemplo, una mujer indígena se casa con un hombre no perteneciente a la tribu; al hacerlo pierde sus derechos sobre el reparto de bienes (asociados a la propiedad comunal de la tierra), es, digamos, expulsada de la tribu e incluso se le retira la potestad sobre sus anteriores hijos. Lo que desde la óptica de los derechos y deberes en la sociedad tradicional es correcto, desde aquella ligada a los derechos humanos no lo es. En realidad, la sociedades tradicionales tienen sus razones para actuar del modo en que lo hacen. Después de todo lo que la primacía de la comunidad refleja es el tipo de condiciones de vida difíciles, cuando no extremas, en las que estas sociedades han vivido y viven. Puede que un planteamiento puramente individualista destruyera la comunidad y de la comunidad dependen los individuos para su subsistencia. No se trata, por tanto, de arbitrariedad o de «atraso moral» alguno: la traslación directa de la problemática individualista a ese contexto podría tener consecuencias lesivas para el conjunto de los individuos a los que precisamente se quiere proteger. Aunque, naturalmente, bien podría ser que, si bien la costumbre está justificada en términos «tradicionales», tales usos ya no fueran en absoluto necesarios para proteger a la comunidad, habiendo quedado en mero residuo cultural-emocional, pero innecesario desde el punto de vista de la supervivencia del grupo. En este último caso es de suponer que algunos occidentales nos mostraríamos dispuestos a reconocer que las razones individualistas son más poderosas que las referidas a la supervivencia comunal (que ahora no es supervivencia física, sino sólo cultural).

[4] Gran parte de lo que aquí se señala es aplicable a las sociedades tradicionales e indígenas africanas, americanas, asiáticas, etc. Sin embargo, me temo que el intento de generalizar llevará aparejado en el texto una cierta simplificación y alguna inexactitud que espero sea disculpada.

En otros contextos, por ejemplo el islámico, encontramos dificultades y problemas parecidos respecto de los derechos humanos (Martín Muñoz 1993; Botiveau 1993: 76 y ss). Es cierto que existen diversos textos (Rodríguez Carrión 1993) que tratan de establecer una comprensión islámica de los derechos humanos y fundamentarla en el Corán. Pero parecen existir ciertas «incompatibilidades» entre las formulaciones islámicas de los derechos y las mantenidas por Occidente: 1) incompatibilidades relativas al *status* de la mujer; 2) aquellas que se refieren al distinto tratamiento de musulmanes, religiones del libro (cristianos, judíos) y otras religiones; 3) un derecho penal cuyos castigos, organización y procedimientos difieren del occidental; 4) ciertos rígidos controles del comportamiento y de la vida privada; etc.

MÁS ALLÁ DE LAS DICOTOMÍAS: HACIA UN PROYECTO RESPETUOSO DE LOS DERECHOS Y LAS DIFERENCIAS

Pero los planteamientos que se limitan a señalar estas tensiones y suponerlas irresolubles están poniendo las bases para forzarnos a elegir, de manera bastante equivocada, entre universalismo y particularismo. En efecto, parecemos atrapados entre afirmar los derechos humanos y ser por ello imperialistas o afirmar el derecho a la diferencia y a la autodeterminación y ser tachados de perseguir, en realidad, un «derecho a la indiferencia» que no sería más que una forma hipócrita de discriminación[5] para con los más débiles.

En definitiva, aunque la diferenciación conceptual entre universalismo y relativismo cultural sigue siendo de utilidad, creo que el debate sobre estos asuntos debe «pragmatizarse» considerablemente. Con ello quiero decir que el debate teórico ha de abandonar en cierta medida la pretensión de una definición estable, sustancial y general de los derechos humanos para centrarse en el refinamiento de ciertas herramientas (procedimentales o de otro tipo) que pudieran servirnos para desbloquear problemas concretos y situaciones intolerables.

Permítanme que ponga un ejemplo, muy alejado por cierto del de los derechos humanos, para explicar lo que quiere decir la pragmatización de una definición. Hubo una vez un juez del estado de California con jurisdicción en la ciudad de Los Ángeles. Ese juez se embarcó un día, ya lejano, en la persecución y represión de lo que él consideraba una plaga en Hollywood: la indecencia. En una rueda de prensa un periodista, acaso divertido por la ingente tarea que el juez había echado sobre sus

[5] Esta crítica en S. Abou (1992), citado en Sawadogo (1995).

hombros, le preguntó: «Señor juez, ¿Podría usted definir la indecencia?». El juez, impertérrito, contestó: «No puedo definirla, pero en cuanto veo una la reconozco».

Y quizá deberíamos adoptar la actitud de aquél juez, bien es cierto que no su puritano enfoque, e intentar definir los derechos humanos de manera negativa: esto es, tratando de reconocer en concreto lo que, definiciones universales al margen, es intolerable y no debe ser permitido. Y para ello nos será de nuevo de ayuda nuestro ya viejo amigo Marco Aurelio.

Habitamos dos ciudades: 1) Roma, la ciudad de nuestros vínculos, de nuestras familias y nuestros valores; 2) el mundo de los seres racionales, de nuestros vínculos con el uso de la razón, del pensamiento y el diálogo racionales. Aunque admitamos, con los partidarios de la diferencia, que lo que prima es Roma, que únicamente podemos ser ciudadanos del mundo porque «somos romanos», que nuestro acceso al mundo sólo nos es posible a través de Roma, no es menos cierto que el proyecto universalista nos urge a abrirnos al mundo y, por tanto, a convertir a Roma en el vehículo de nuestra común humanidad y de nuestro uso cosmopolita de la razón. Y en toda Roma que se precie de ser humana existe ese camino hacia el mundo.

En efecto, conviene tener en cuenta que, en la práctica totalidad de los ámbitos culturales, existen resortes claramente vinculados a la problemática de los derechos aunque no nos resulten familiares: existen ciertas comprensiones específicas de derechos y deberes, reglas de oposición a la tiranía, de delegación y reparto de poderes, de consultas periódicas a la población, de representación de intereses, de formulación de la legitimidad de las prácticas de acuerdo al interés general, modos de deliberación política reglados y específicos, concesión de derechos a determinados grupos o individuos, controles políticos, etc. Es más, existen igualmente ciertos valores que o bien se superponen con parte de los nuestros o bien constituyen un mínimo común denominador presente en toda esfera cultural o bien constituyen un «mínimo moral», etc.[6]

Por ejemplo[7], nos identificamos con los que luchan contra una tiranía en algún rincón alejado (geográfica y culturalmente) del globo. Compartimos su indignación, aunque no podamos comprender del todo sus experiencias. Nos identificamos, incluso aunque somos incapaces de compartir las razones culturales (o religiosas, etc.) que aducen para la rebelión. Sabemos que aquellos que heroicamente se manifiestan contra el tirano y se juegan la vida tienen quizá agudas disensiones

[6] Conviene citar aquí los trabajos de J. Rawls («El derecho de gentes») o R. Rorty («Derechos Humanos, racionalidad y sentimentalidad») incluidos en S. Shute y S. Hurley (1998); así como las tesis de M. Walzer (1996) y el muy interesante R. Rorty: «La justicia como lealtad ampliada» en R. Rorty (1998).

[7] Estos y otros ejemplos en M. Walzer (1996).

internas y si discutiéramos con ellos sobre, digamos, criterios de no-discriminación en el acceso a la educación o sobre los límites del pluralismo razonable en el sistema político o sobre la posición de la mujer, nos mostraríamos en profundo desacuerdo con sus puntos de vista. Acaso si escucháramos sus razones últimas (locales, tradicionales, culturalmente delimitadas) para oponerse al tirano no las compartiéramos o no las entendiéramos. Eso, con todo, es secundario. Lo principal es que comprenderíamos perfectamente la lucha contra la tiranía, contra la opresión, contra la tortura y la mentira, contra los genocidas y los asesinos. Las palabras y las acciones de los opositores se nos hacen inteligibles sin importar si también lo son las prácticas culturales concretas en las que se incardinan. Acaso lo que ocurre es que, si buscamos en nuestra experiencia y en nuestra realidad, encontramos sucesos y problemas similares que nos hacen comprender lo que es una tiranía y por qué es intolerable.

Por lo demás, existen otros lugares de encuentro pragmático para las culturas. He aquí un ejemplo de esa cercanía cultural que a veces olvidan los críticos radicales de la idea ilustrada de universalismo. En el capítulo 2 del *Manual de Amnistía Internacional* (1996) y con el objetivo de señalar ese mínimo moral al que nos referimos, se citan los siguientes textos de distintas religiones:

- «No hagas nada a los demás que te pueda causar dolor si te lo hacen a tí» (Brahamanismo: *El Mahabharata*).
- «No causes dolor a los demás en formas que serían dolorosas para tí» (Budismo: *Udana-Varga: 5,18*).
- «Cuanto quisiereis que os hagan a vosotros los hombres, hacédselo vosotros a ellos» (Cristianismo: *San Mateo: 7,12*).
- «No hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a tí» (Confucianismo: *Analectas: XV,23*).
- «Ninguno de vosotros es un creyente hasta que desee para su hermano lo que desea para sí mismo» (Islam: *Sunna).*
- «Lo que es odioso para tí no lo hagas a tu prójimo» (Judaísmo: *Talmud: Shabbat: 31a).*
- «Considera el provecho de tu vecino tu provecho y la pérdida de tu vecino tu pérdida» (Taoísmo: *T'ai Shang Kan Yong P'ien).*
- «Esa naturaleza sola es buena pues evita hacer a otro lo que no es bueno para sí» (Zoroastrismo: *Dadistan-i-dinik, 94,5*).

Del mismo modo, en un texto reciente, las Naciones Unidas adoptan para tratar con este problema una perspectiva similar a la que estoy aquí aconsejando. En

las primeras páginas del Informe *Human Development Report 2000*h (2000: 1 y ss) se lee:

> *«Es característico de todas las civilizaciones el respeto que muestran por la dignidad humana y la libertad. Todas las religiones y todas las tradiciones culturales celebran estos ideales. Pese a ello a través de la historia esos ideales han sido violados. Toda sociedad ha conocido el racismo, el sexismo, el autoritarismo, la xenofobia, y ha privado a hombres y mujeres de su dignidad y su libertad. Y en todas las regiones y culturas la lucha contra la opresión, la injusticia y la discriminación ha sido usual. Esta lucha continúa hoy en todos los países, ricos y pobres.»*

DOS SOLUCIONES TEÓRICAS MUY DIFERENTES PARA TRATAR EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MÍNIMO MORAL: SAMUEL HUNTINGTON Y JOHN RAWLS

Este mínimo moral es, con todo, problemático. Sólo en el ámbito de la teoría política nos lo encontramos negado por los relativistas culturales, los comunitaristas, los postmodernos e incluso por los realistas, mientras es defendido por universalistas, comunitaristas liberales o pragmáticos. Ante la imposibilidad de repasar todas las posibles alternativas, me limitaré en este epígrafe a comparar dos teorías distintas, la de Huntington (que se enmarcaría en el primer grupo) y la de Rawls (que se enmarca en el segundo) y sus consecuencias. Es decir, compararemos a qué consecuencias políticas (deseables o no) nos conduciría negar o afirmar la posibilidad de construir un núcleo mínimo sostenedor de los derechos humanos.

EL CHOQUE DE CIVILIZACIONES

Siguiendo la ruta de las políticas de identidad y aplicando ese tipo de enfoque a las relaciones internacionales, Samuel Huntington (1997) supone que el mundo se ordena hoy alrededor de las civilizaciones. He aquí una primera decisión reflexiva que parece razonable. Pero las civilizaciones, a su vez, se ordenan de acuerdo con identidades culturales, y estas últimas se reducen a religiones. Los ortodoxos se enfrentan a los cristianos (protestantes y católicos están aquí juntos sin que sepamos por qué o por qué no. Una sospecha: los ortodoxos son cristianos, pero también son mayoritariamente rusos), los cristianos se oponen a los musulmanes, éstos a los budistas o confucianos o hinduistas, etc. En

las primeras páginas del libro encontramos tres mapas. El primero dibuja en blanco y negro la dicotomía *the West and the Rest* hacia 1920. El segundo representa, con la inclusión del gris, el mundo de la guerra fría hacia 1960 (mundo libre, bloque comunista y no alineados). Al tercero le son necesarias nueve gradaciones de tinta para describir el mundo de las civilizaciones de los años noventa (occidental, latino-americana, africana, islamista, china, hinduista, ortodoxa, budista y japonesa).

Es curioso que un libro como éste esté presidido por una ausencia cuando menos sorprendente: la ausencia de *política*. O, mejor, la reducción de la política a las políticas de identidad y al enfoque de la diferencia que han dominado el horizonte estadounidense durante las últimas décadas. De hecho, las civilizaciones y sus choques recuerdan fuertemente a los conflictos multiculturales internos de los EEUU (afroamericanos, hispanos, orientales, musulmanes, etc.) y a la percepción de la política exterior en clave igualmente estadounidense (Rusia, Japón, etc.) Dicho con un ejemplo: Latinoamérica es una civilización distinta porque es una minoría diferenciada en el interior de los EEUU... y así casi con todo lo demás. (Les diré algo, aunque ustedes ya lo sospechan: Samuel Huntington es estadounidense).

Así las cosas, y puesto que las identidades cultural-religiosas no son negociables (es decir: *no son políticas*) los choques son inevitables: en el nivel macrocivilizatorio tenemos como choque primordial el de Occidente versus el resto, en el microcivilizatorio el del Islam versus los otros. Tales choques, es innecesario repetirlo, no son económicos, sociales, políticos, etc., son cultural-religiosos, producto de la diferencia, que impide la confianza y la amistad entre las civilizaciones así definidas, aunque permite alianzas tácticas (la «conexión islámico-confuciana») generalmente contra Occidente (véase estas afirmaciones en Huntington 1997: 306, 251, 247, 285 respectivamente).

Si a esta descripción le añadimos la decadencia (económica, política, cultural) de Occidente respecto del exterior y su decadencia interna (económica, demográfica, de la familia, de la ética del trabajo, religiosa, etc), el riesgo de guerra civilizatoria, que «no es inevitable, pero puede suceder» (Huntington 1997: 362), se convierte en el primer mensaje del libro. Y las recetas para afrontar ese riesgo son varias, pero pueden reducirse a dos tipos: internas y exteriores.

Las pertenecientes al primer tipo son mecanismos de reforzamiento del entramado interno de Occidente. Reforzamiento cultural religioso (a Huntington le preocupa la enorme cantidad de descreídos que hay en Europa, aunque admite que tantos ateos y agnósticos puede que sólo sean una amenaza a largo plazo (1997: 305), lo que tampoco se entiende muy bien si recordamos que la religión es su

principio definidor de las civilizaciones). Reforzamiento de los lazos de la cultura occidental (lo que significa lucha contra el ideal multiculturalista tan presente en EEUU y la búsqueda de la asimilación de los inmigrantes o las minorías). Revitalización de la propia cultura (renovación de la vida moral, aumento de la comunalidad cultural e incremento de la seguridad mutua). Etc. En una palabra: hay que cerrar, reforzar y homogeneizar Occidente.

El segundo tipo de recetas se refiere a la acción exterior de Occidente. Aquí se trata de dejar de apoyar sociedades multicivilizatorias y retrazar las fronteras en términos religioso-culturales, o bien no pretender reformar otras civilizaciones imponiéndoles ideas occidentales tales como los derechos humanos, o bien abstenerse de intervenir en los conflictos de otras civilizaciones, etc. En una palabra: hay que volver a los equilibrios inestables de la guerra fría definidos ahora, no ideológicamente, sino de acuerdo con las políticas de identidad.

Para que se entiendan bien las consecuencias de ambos tipos de recetas consideremos un ejemplo que nuestro autor nos ofrece: el caso bosnio (Huntington 1997: 337 y ss). Durante el conflicto todo funcionó de acuerdo con las políticas de identidad: los rusos apoyaron a los serbios-ortodoxos, los europeos a los croatas-católicos y los islámicos a los musulmanes-bosnios. Sólo Estados Unidos, para irritación de Huntington, se saltó las líneas civilizatorias al apoyar a Bosnia, obligando a nuestro autor a buscar razones en la *realpolitik* o en la legendaria «ingenuidad» yanqui para justificar ese comportamiento no alineado con las civilizaciones. Si la guerra civil española fue preludio de la II Guerra Mundial, el conflicto en la ex-Yugoslavia será el preludio del choque de civilizaciones. Y aquí hemos tocado fondo. Nosotros los occidentales no podemos ni debemos identificarnos con un proyecto político como el bosnio, multicultural, tolerante y enfrentado a sus adversarios en un medio de limpiezas étnicas y genocidios. No podemos ni debemos apoyar la creación de sociedades multicivilizatorias tolerantes (esto es, parece, un absurdo), aunque ésto sea precisamente lo que aconsejaría la *cultura política liberal-democrática* que consideramos nuestra. Aunque yo sienta los valores políticos de la causa bosnia como mis valores, aunque crea que la tolerancia y la paz son las soluciones más legítimas para los conflictos sangrientos vividos en esa zona del planeta, pese a todo ello, debo renunciar a mi cultura política para proteger mis identificaciones cultural-religiosas.

Realmente, las consecuencias de la descripción culturalista-identitaria no parecen prometedoras ni tampoco demasiado esperanzadoras en relación con el tema de los derechos humanos. Veamos qué ocurre con una alternativa de corte universalista, pero que trata de respetar y ser sensible a lo local (dentro, eso sí, de ciertos límites).

EL DERECHO DE GENTES

Abordaremos ahora el ejemplo de una figura tan prestigiosa como la de John Rawls (1998) y su aplicación al ámbito de los derechos humanos y las relaciones internacionales su teoría de la justicia. El objetivo de esa traslación es el de argumentar en favor de los derechos humanos considerándolos neutrales y expresivos de «un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos». Y su método consiste en suponer que son los Estados los que se relacionan entre sí tras el «velo de la ignorancia» acordando una serie de principios racionales de justicia aplicables a todas los pueblos en todas las latitudes. Es decir, nos hallamos ante un proyecto de acomodación del pluralismo cultural a la justicia racional.

Y lo primero que surge en este contexto en una distinción tripartita de aquel pluralismo. Las sociedades se dividen en *sociedades democráticas* (que comparten los principios liberales-democráticos y en las que el derecho de gentes es respetado porque todos se adhieren a él como justo y beneficioso para todos); las *sociedades jerárquicas* (que respetan los principios de la paz, no son expansionistas, gozan de legitimidad ante su pueblo y respetan los derechos humanos); y las *sociedades tiránicas y expansionistas* (en las que el terror y la coerción imponen una única concepción del bien a todos sus habitantes).

Mientras las sociedades del primero y segundo tipo pueden lograr un consenso superpuesto relativo a los principios de justicia internacional (los pactos deben ser respetados, igualdad de las partes en los acuerdos, respeto a los derechos humanos, etc.), respecto de la tercera categoría sólo es posible lograr un *modus vivendi* estratégico. Aun así, la intervención contra estos regímenes sólo estaría justificada por el desafío que pudieran implicar a la seguridad de los pueblos bien ordenados y/o debido a graves transgresiones de los derechos humanos. Así, si los derechos humanos son una condición necesaria de la legitimidad del régimen político, son también suficientes para excluir la intervención exterior y suponen un límite al pluralismo razonable entre los pueblos.

En estas condiciones, Rawls estipula algunos caracteres de esos derechos humanos que resulta interesante resaltar: son políticamente neutrales, pueden ser protegidos por sociedades no democráticas, establecen una frontera al derecho doméstico admisible, etc. Esto significa, en su opinión, que no cabe la acusación de etnocentrismo o que tal acusación no tiene suficiente peso como para ser tomada en serio, ya que la afirmación «de la superioridad de una particular doctrina comprehensiva [el liberalismo democrático occidental] es enteramente compatible con la afirmación de una concepción política de la justicia que no

impone aquella doctrina». Es decir, la concepción de la justicia puede llegar a convivir con regímenes no estrictamente democráticos y ello a pesar de que «nosotros» creamos que la democracia y sus ideales son superiores a las posibles alternativas.

Resumiendo: si bien es cierto que no existe, hablando con propiedad, una concepción de los derechos humanos que suscite un acuerdo unánime (Young 1996) no lo es menos que en todo ámbito cultural parecen estar dados elementos que permiten la comprensión mutua intercultural o, al menos, la generación de una esfera de discusión sobre esos asuntos. Este ámbito es quizá la base de un proyecto político que mantiene la esperanza de un consenso intercultural relativo a los derechos humanos, contingente y trabajosamente creado, pero no por ello menos importante.

ALGUNOS PROBLEMAS FINALES Y ALGUNOS TEMAS ABIERTOS

Por lo demás, las simplificaciones del universalismo o del relativismo cultural que he venido criticando pierden de vista dos elementos cruciales.

El primer elemento se refiere a las transformaciones de *todos* los ámbitos culturales como consecuencia del aumento de las interacciones globales. Así, las sociedades tradicionales han sufrido mutaciones profundas que sería un error echar en saco roto: la formación de aparatos estatales (débiles o arbitrarios, pero reales) tras la descolonización, la escuela moderna, el empleo asalariado, el desarrollo del comercio y la industria, la urbanización acelerada, la monetarización de la economía, la emigración, el éxodo rural, el desarrollo de las comunicaciones, etc. Como consecuencia, la tribu, el linaje o el clan, se distienden, las solidaridades comunales se relajan y el modo de vida asociado a todo ello se resquebraja. Las reacciones «protectoras» de estos u otros ámbitos culturales tienden a «cerrar» a estas sociedades sobre sí mismas para evitar su destrucción. Pero ya no existen sociedades tradicionales «intactas» (si es que alguna vez las hubo) y, como demuestra el fundamentalismo islámico, todo intento de mantenerlas así exige una fuerte presión autoritaria sobre poblaciones cada vez más híbridas en sus valores y creencias.

Naturalmente este proceso de mutuo mestizaje no es privativo de sociedades no occidentales, sino que ha permeado, y fuertemente, a Occidente mismo. En Occidente, como en todos los lugares, la irrupción de lo diferente no es algo que ocurre de fronteras para fuera, sino que se produce, por así decirlo, en el interior. Somos sociedades multiculturales y multinacionales no sólo como conse-

cuencia de la emigración o del reconocimiento de la diferencia que siempre estuvo ahí. También porque los procesos de contacto cultural y de formas culturales sincréticas nos han demostrado que la propia concepción occidental puede y debe ser plural. En estas condiciones se desarrolla una visión pluralista de la civilización de los derechos humanos que es nuestra obligación refinar y construir. Dicho de otro modo, ciertas transformaciones en las interacciones y los contactos que de hecho se producen, ponen las bases para una paulatina mejora de la comprensión de lo extraño, el tratamiento de lo diferente y la generación de mecanismos compartidos para la resolución de conflictos. Y sobre esa base acaso sería posible desarrollar una civilización de los derechos humanos que no tuviera aparejada la coletilla de imperialista, sino las ideas de mutuo respeto y no discriminación.

Pero la creación, trabajosa y prudente, de ese horizonte moral, si no quiere ser hipócrita, debe tener en cuenta un segundo elemento fáctico. Precisamente debido a su alto grado de legitimidad moral y política, los derechos humanos son, además de todo lo dicho, un nuevo lenguaje que Occidente usa para el manejo global del mundo. El vocabulario de los derechos humanos es, también, un vocabulario de autojustificación que sirve extraordinariamente bien a la lógica civilizatoria que aspira a extender globalmente cierta manera de entender las cosas que pudiera eventualmente aumentar nuestra capacidad de respuesta ante riesgos y crisis globales. Dicho todavía de otra manera, los derechos humanos son un vocabulario que plantea grandes exigencias morales y políticas para Occidente y su autoidentidad, pero que, del mismo modo, es utilizado como herramienta de gestión global en un mundo en transformación. Y como tal herramienta de gestión tiene puntos de contacto importantes con los intereses de Occidente (aunque, ¿Es necesario repetirlo?, no sólo de Occidente), y no exclusivamente con sus ideales.

Y aquí aparece un problema importante. El problema del exceso y la soberbia con los que en ocasiones se enfrentan las crisis humanitarias por parte de los poderosos gobiernos occidentales cuando no por parte de sus opiniones públicas. Llamemos a este asunto la *hybris* de Occidente, por utilizar el término clásico con el que los griegos designaban precisamente el exceso, la incapacidad para advertir los propios límites. La aparición de *hybris* es usual en estos asuntos, aunque se trate aparentemente de una *hybris* guiada por buenas intenciones. Kurtz, el personaje de *El Corazón de las Tinieblas* de Joseph Conrad, afirma su convicción de que por el simple ejercicio de nuestra voluntad los occidentales podemos desplegar un poder para el bien prácticamente ilimitado (véase Ignatieff: 1995 y Rosenau 1992). Y habría que añadir, un «poder para el bien», pero sin costes (morales, políticos) para nosotros mismos. Todo parece funcionar a veces como si las intervenciones fueran gratuitas (no en el sentido de «sin fundamento», sino en el

sentido de «sin coste»). De ahí el abundante uso de «la voz pasiva» en estos asuntos: tal guerra debe acabarse, tal tiranía debe ser frenada, tal población debe ser defendida y alimentada, etc. Tanto los decisores políticos como los ciudadanos tienden a encontrar en esa voz pasiva un mecanismo de evasión de los costes de la decisión política de ayudar. Se utiliza un lenguaje pasivo de aspiración, deseo y moralidad para ocultar la falta de decisión y lo lejos que nos encontramos del lenguaje de la obligación política (Williams 1995: 69). Los deseos de que acabe el horror no producen solidaridad ciudadana suficiente, y sí muchas veces evasivas[8]. Se evaden los pronombres (particularmente la primera persona del plural: «nosotros debemos o tenemos...») porque tales pronombres comprometen directamente. Los ciudadanos culpan a los decisores, los decisores a sus colegas de otros países, éstos a los funcionarios de instituciones internacionales, que a su vez se quejan de la superficialidad con la que los medios de comunicación tratan el problema, etc., etc. La intervención humanitaria puede quedarse atascada en este círculo donde la voz pasiva preside la inacción.

Pero allí donde esa intervención se realiza también tiene deficiencias. Primero, la ausencia de control democrático sobre las intervenciones. Ya se trate de apatía y lejanía de los ciudadanos, ya estemos ante manipulaciones de las opiniones públicas por parte de los decisores, habría que considerar seriamente la necesidad de refinar los controles sobre esas intervenciones, para evitar no sólo el exceso, sino la injusticia. Segundo, quizá demasiado a menudo seguimos tomando del pasado imperial una descripción de nosotros mismos como los únicos representantes de la civilidad y la civilización, con el derecho de extender nuestra comprensión de las cosas a las zonas «subracionales» del mundo. Tal rasgo revela, desde luego, narcisismo: intervenimos para salvarnos a nosotros mismos y a nuestra autoimagen de defensores de la decencia universal. Y por aquí se cuela frecuentemente un tipo de compresión dudosa del problema: se afirma nuestra voluntad de resolver las crisis de los derechos humanos mientras se evaden los costes y las responsabilidades de la intervención.

Y, sin embargo, es posible que narcisismo e *hybris*, convenientemente domesticados, pudieran ser de interés a una política solidaria. Un narcisismo que forzara a la ayuda humanitaria y a la extensión de los derechos podría tener efectos positivos sobre nuestras acciones. Una *hybris* criticada y restringida hasta transformarla en obligación de ayudar al conectarla con responsabilidad y poder, po-

[8] Esta ausencia de solidaridad quizá quede reflejada en la renuencia de la Plataforma del 0.7% en España a que tal porcentaje para ayuda al tercer mundo procediera de una decisión concreta de los ciudadanos particulares y no, como era su propuesta, de una decisión gubernamental.

dría igualmente constituir un punto de partida interesante para transformar las bases del juicio político de ciudadanos y decisores en este punto.

Tras lo dicho debe resultar claro que el mínimo moral que los derechos humanos están creando trabajosa y tentativamente es cualquier cosa excepto un sucesor de los derechos naturales ciertos, seguros y evidentes a la razón de los que nuestra tradición occidental nos habla con regularidad. Tal mínimo moral fundamento de los derechos humanos se parece mucho más a una toma de postura política que decida incentivar en el interior de todas las culturas (las demás y la nuestra) aquellos rasgos que tienden a desarrollar una cultura de los derechos humanos y a restringir aquellos otros rasgos que, no importa cuán incardinados o cuán tradicionales resulten ser, militan contra esa nueva cultura de los derechos. A incentivar la libertad, la no discriminación o la autonomía de las personas y a restringir el miedo, la violencia, la crueldad, las desigualdades estructurales o la miseria. A promover a un tiempo el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos humanos.

Esta toma de postura no puede decir de sí misma que sea superior racionalmente (en el sentido fuerte que esta expresión tendría en el vocabulario universalista e ilustrado). Pero sí puede seguir en la discusión pública una estrategia pragmática y dirigirse a sus interlocutores diciendo: ¿Se le ocurre a usted algo mejor? Si es así, discutámoslo, en caso contrario trabajemos en lo concreto para construir un mundo con menos discriminación, miedo e injusticia, y dejemos el debate sobre la fundamentación racional o universal del modo de vida de los derechos humanos para mejor ocasión.

Trabajemos para disminuir la crueldad del mundo, aunque no estemos seguros de saber lo que es un mundo sin crueldad. Tomemos postura a favor de sus valores sin creer por ello que existirá algún mecanismo (llámese razón ilustrada, ciencia social o religión universal) que evadirá para nosotros los costes de esas elecciones y nos asegurará que poseemos, no sólo el deseo de ayudar, sino la verdad absoluta.

Agradecimientos: Este trabajo se enmarca en el proyecto «Democracia más allá de las fronteras», del cual soy Investigador Principal y que está financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, nº BS2000-0111.

BIBLIOGRAFIA

ABOU, S. (1992). Le droit a la différence et ses avatars. Cultures et droits de l'homme. Hachette. Paris.

AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS. (1996). Madrid.

AURELIO MARCO. (1985). Marco Aurelio: *Meditaciones*. Alianza. Madrid.

BOTIVEAU, B. (1993). Democratie et droits de l'homme: Misses en perspective islamistes. En *Democracia y derechos humanos en el mundo arabe*. Ed. G. Martín Muñoz. MAE. Instituto de Cooperación con el Mundo Árabe. Madrid.

CARRIÓN RODRÍGUEZ, A. (1993). La protección internacional de los derechos humanos y el mundo árabe. En *Democracia y derechos humanos en el mundo arabe*. Ed. G. Martín Muñoz. MAE. Instituto de Cooperación con el Mundo Árabe. Madrid.

DEL ÁGUILA, R. (2000). *La senda del mal. Política y razón de Estado*. Taurus. Madrid.

DONNELLY, J. (1992). Human Rights in the New World Order. *World Policy Journal* IX. Vol 2.

DUMONT, L. (1987). *Ensayos sobre el individualismo*. Alianza. Madrid.

FUKUYAMA, F. (1992). *The End of History and the Last Man*. The Free Press. Nueva York.

HUNTINGTON, S. (1997). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós. Barcelona. Buenos Aires. México.

IGNATIEFF, M. (1995). The Seductiveness of Moral Disgust. *Social Research* (Spring) 62:1.

KANT I. (1996). *Sobre la paz perpetua*. Tecnos. Madrid.

MORAVCSIK, A.. (1995). Explaining International Human Rights Regimes: Liberal Theory and Western Europe. *European Journal of International Relations* 1-2 June.

MUÑOZ MARTÍN, G. (1993). Les droits de l'homme et les transitions vers la démocratie dans les pays arabes. Bilan aprés la guerre du Golfe. En *Crise du Golfe et Ordre Politique au Mouyen-Orient*. CNRS Editions. Paris.

RAWLS, J. (1998). El derecho de gentes. En *De los derechos Humanos*. Eds. S. Shute y S.Hurley. Trotta. Madrid.

RODLEY, N. S. (Ed.)(1992). Collective Intervention to Protect Human Rights and Civilian Populations: The Legal Framework. En *To Loose the Band of the Wickedness*. Londres.

RORTY, R. (1998). Derechos Humanos, racionalidad y sentimentalidad. En *De los Derechos Humanos*. Eds. S. Shute & S. Hurley.Trotta. Madrid.

—— (1998). La justicia como lealtad ampliada. En *Pragmatismo y política*. Ed. R. Del Águila. Paidós. Barcelona.

ROSENAU, J. N. (1992). Normative Challenges in a Turbulent World. *Ethics and International Affairs*. Vol. 6.

SAWADOGO, M. F. M. (1995). Fondaments anthropologiques des Droits de l'homme. *Institute International des Droits de L'Homme*. Sesion 26. 3-28 Julio. Estrasburgo. Mimeo.

STUART MILL, J. (1991). Considerations On Representative Goverment. En *On Liberty and Other Essays*. Ed. John Gray, p.260. Oxford University Press. Oxford y Nueva York.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. (2000). *Human Development Report 2000*. Oxford University Press. Nueva York y Oxford.

WALZER, M. (1996). *Moralidad en el ámbito local e internacional*. Alianza. Madrid.

WILLIAMS, B. (1995). Is International Rescue a Moral Issue?. *Social Research* 62:1.

YOUNG, T. (1996). *Rights as Discourse and Practice in Contemporary Politics and Practice in Contemporary Politics and International Relations*. Ponencia presentada en Milenium XXV. Londres. Mimeo.

SESIÓN 3



Un fallo en el juicio humano

DANIEL KAHNEMAN

AUTOR DE *PENSAR RÁPIDO, PENSAR DESPACIO*

OLIVIER SIBONY

CASS R. SUNSTEIN

DEBATE

PRIMERA PARTE

Buscando el ruido

No es aceptable que individuos similares, condenados por el mismo delito, terminen con sentencias notablemente diferentes; por ejemplo, cinco años de cárcel para uno y libertad condicional para otro. Y, sin embargo, en muchos lugares ocurren estas cosas. Sin duda, el sistema de justicia penal también está impregnado de sesgos, pero en el capítulo 1 nos vamos a centrar en el ruido, y, en particular, en lo que ocurrió cuando un conocido juez llamó la atención sobre él, lo consideró escandaloso y lanzó una cruzada que, en cierto sentido, cambió el mundo (aunque no lo suficiente). Nuestra historia se sitúa en Estados Unidos, pero estamos seguros de que se pueden contar (y se contarán) historias parecidas de muchas otras naciones. En algunas de ellas es probable que el problema del ruido sea aún mayor que en Estados Unidos. Utilizamos el ejemplo de las sentencias para demostrar en parte que el ruido puede ser causa de grandes injusticias.

Las sentencias penales son especialmente dramáticas, pero del mismo modo nos preocupa el sector privado, donde también hay mucho en juego. Para ilustrar este punto, en el capítulo 2 nos detendremos en una gran compañía de seguros. Allí, los agentes de seguros cumplen la tarea de fijar las primas de los seguros para potenciales clientes, y los tasadores deben juzgar el valor de las reclamaciones. Se podría predecir que estas tareas serían sencillas y mecánicas, y que diferentes profesionales establecerían casi las mismas cuantías. Hemos realizado un experimento cuidadosamente diseñado —una auditoría del ruido— para comprobar esa predicción. Los resultados nos sorprendieron, pero sobre todo asombraron y consternaron a la dirección de la compañía. Nos dimos cuenta de que un gran volumen de ruido les estaba

costando mucho dinero. Utilizamos este ejemplo para demostrar que el ruido puede ocasionar grandes pérdidas económicas.

Ambos ejemplos suponen estudios de un gran número de personas que realizan un gran número de juicios. Sin embargo, muchos juicios importantes son más «singulares» que repetitivos: cómo tratar una oportunidad de negocio en apariencia única; dudar sobre si lanzar un nuevo producto; cómo hacer frente a una pandemia; dudar sobre si contratar a alguien que no da el perfil estándar. ¿Se puede encontrar ruido en decisiones sobre situaciones únicas como estas? Es tentador pensar que allí está ausente. Al fin y al cabo, el ruido es una variabilidad no deseada, y ¿cómo puede haber variabilidad en decisiones singulares? En el capítulo 3 tratamos de responder a esta pregunta. El juicio que se hace incluso en una situación aparentemente única es uno en una nube de posibilidades. Allí también encontraremos gran cantidad de ruido.

El tema que aflora en estos tres capítulos puede resumirse en una frase, que será un tema clave del presente libro: «Dondequiera que haya juicio, hay ruido (y más del que se piensa)». Averigüemos cuánto.

1
Crimen y castigo ruidoso

Supongamos que alguien ha sido condenado por cometer un delito —robo en comercios, posesión de heroína, asalto o robo a mano armada—. ¿Cuál es la sentencia más probable?

La respuesta no debería depender del juez particular al que se asigne el caso, de si fuera hace calor o frío o de si un equipo deportivo local ganó el día anterior. Sería escandaloso que tres personas similares, condenadas por el mismo delito, recibieran penas radicalmente diferentes: libertad condicional para una, dos años de cárcel para otra y diez años de cárcel para la restante. Y, sin embargo, esta clase de arbitrariedades puede encontrarse en muchas naciones (y no solo en un pasado lejano, sino también hoy).

En todo el mundo, los jueces han mostrado durante mucho tiempo una más que notable discrecionalidad para decidir las sentencias apropiadas. En muchas naciones, los expertos han celebrado esa discrecionalidad y la han considerado justa y humana. Insistían en que las sentencias penales debían basarse en una serie de factores que no solo especificaban el delito, sino también el carácter y las circunstancias del acusado. La sentencia a medida estaba a la orden del día. Si los jueces se vieran obligados por unas normas, los delincuentes serían tratados de una manera deshumanizada; no serían considerados como individuos únicos con derecho a que se les tengan en cuenta los detalles de su situación. A muchos les parecía que la propia idea del juicio justo demandaba un discrecionalidad judicial sin trabas.

En la década de 1970, el entusiasmo universal por la discrecio-

nalidad judicial comenzó a derrumbarse por una simple razón: la alarmante evidencia de ruido. En 1973, un célebre juez, Marvin Frankel, llamó la atención del público sobre el problema. Antes de ser juez, Frankel fue un defensor de la libertad de expresión y un apasionado valedor de los derechos humanos que colaboró en la fundación del Comité de Abogados por los Derechos Humanos (una organización conocida hoy con el nombre de Human Rights First).

Frankel podía ser implacable, y estaba indignado con el ruido en el sistema de justicia penal. Así es como describía su motivación:

> Si un acusado de atraco a un banco federal era condenado, podía ser sentenciado a un máximo de veinticinco años. Esto significa cualquier condena de cero a veinticinco años. Y, cuando se fijó el número, pronto me percaté de que dependía menos del caso o del individuo acusado que del juez; es decir, de las opiniones, predilecciones e inclinaciones del juez. Y así, el mismo acusado en el mismo caso podía recibir sentencias muy diferentes dependiendo de qué juez se encargaba del caso.[1]

Frankel no ofreció ningún tipo de análisis estadístico para respaldar su argumentación, pero sí una serie de convincentes anécdotas que mostraban disparidades injustificadas en el tratamiento de personas muy similares. Dos hombres, ninguno de los cuales tenía antecedentes penales, fueron condenados por haber falsificado cheques por valor de 58,40 y 35,20 dólares, respectivamente. El primero, a quince *años* de prisión, y el segundo, a treinta *días* de prisión. Por actos de malversación de fondos similares, un hombre fue condenado a ciento diecisiete *días* de prisión, mientras que otro lo fue a veinte *años*. Citando numerosos casos de este tipo, Frankel deploraba los que llamó «poderes casi totalmente incontrolados y arrolladores»[2] de jueces federales con el resultado de «crueldades arbitrarias perpetradas dia-

riamente»,[3] que consideraba inaceptables en un «gobierno de leyes, no de hombres».[4]

Frankel apeló al Congreso para que pusiera fin a aquella «discriminación», palabra con la que definió esas crueldades arbitrarias. Con ese término se refería sobre todo al ruido en forma de inexplicables variaciones en las sentencias. Sin embargo, también le preocupaban los sesgos en forma de disparidades por motivos raciales y socioeconómicos. Para combatir tanto el ruido como el sesgo, instó a que no se permitieran diferencias de trato a los acusados de delitos, a menos que pudieran «justificarse mediante pruebas pertinentes capaces de formularse y aplicarse con suficiente objetividad para garantizar que los resultados sean más determinantes que los idiosincrásicos ucases de determinados funcionarios, jueces u otros».[5] (La expresión «idiosincrásicos ucases» es un tanto esotérica; Frankel se refería a los que parecían decretos personales.) Y mucho más que eso: Frankel abogó por una reducción del ruido mediante un «perfil detallado o lista de control de factores que incluiría, siempre que fuera posible, alguna forma de gradación numérica u otra que fuese objetiva». [6]

Escribiendo a principios de la década de 1970, no llegó a defender lo que llamó «desplazamiento de las personas por las máquinas», pero, sorprendentemente, estuvo bastante cerca de hacerlo. Creía que «el imperio de la ley demanda un cuerpo de reglas impersonales, aplicables a todos los niveles, que sean vinculantes para los jueces y para otros responsables». Defendió explícitamente el uso de «computadoras como refuerzo de un pensamiento disciplinado en las sentencias».[7] También recomendó la creación de una «comisión de sentencias».[8]

El libro de Frankel fue uno de los más influyentes de toda la historia del derecho penal no solo en Estados Unidos, sino también en todo el mundo. En su trabajo había cierto grado de infor-

malidad. Fue arrollador, pero era una visión impresionista. Para probar la realidad del ruido, unos cuantos investigadores se dedicaron de inmediato a examinar el nivel de ruido de las sentencias penales.

En 1974 se llevó a cabo un primer estudio a gran escala de este tipo, presidido por el propio juez Frankel. Se pidió a cincuenta jueces de diferentes distritos que dictaran sentencias para acusados en casos hipotéticos resumidos en informes idénticos previos a las sentencias. La conclusión fue, básicamente, que «la ausencia de consenso era la norma»[9] y que las variaciones entre las penas eran «asombrosas».[10] Un vendedor de heroína podía ser encarcelado de uno a diez años, dependiendo del juez.[11] Las penas para un atracador de bancos oscilaban entre cinco y dieciocho años de prisión.[12] El estudio encontró que, en un caso de extorsión, las sentencias variaban desde la friolera de veinte años de prisión y una multa de sesenta y cinco mil dólares hasta solo tres años de prisión y ninguna multa.[13] Y lo más sorprendente de todo: en dieciséis de los veinte casos, no hubo unanimidad sobre si era apropiado un encarcelamiento.

A este estudio le siguió una serie de otros más, todos los cuales encontraron similares e inaceptables niveles de ruido. En 1977, por ejemplo, William Austin y Thomas A. Williams III llevaron a cabo una encuesta entre cuarenta y siete jueces, a los que pidieron que respondieran a los mismos cinco casos, todos ellos de delitos de nivel relativamente bajo.[14] Todas las descripciones de los casos incluían resúmenes de la información utilizada por los jueces en sentencias reales, incluidos la acusación, el testimonio, los antecedentes penales previos (si los había), la extracción social y pruebas relacionadas con el carácter. El hallazgo clave fue una «disparidad sustancial». En un caso de robo, por ejemplo, las sentencias recomendadas oscilaban entre cinco años y solo treinta días de prisión (más una multa de cien dólares). En un

caso de posesión de marihuana, algunos jueces recomendaron penas de prisión; otros, la libertad condicional.

En un estudio mucho más amplio, realizado en 1981, participaron doscientos ocho jueces federales, a los que se expusieron los mismos dieciséis casos hipotéticos.[15] Sus principales hallazgos fueron pasmosos:

> En solo tres de los dieciséis casos hubo un acuerdo unánime en imponer una pena de prisión. Sin embargo, cuando la mayoría de los jueces estuvieron de acuerdo en que una pena de prisión era apropiada, hubo una variación sustancial en la duración de las penas de prisión recomendadas. En un caso de fraude en el que la pena media de prisión era de 8,5 años, la pena más larga fue de cadena perpetua. En otro caso, la pena media de prisión fue de 1,1 años, pero la pena de prisión más larga recomendada fue de quince años.

Por muy reveladores que sean estos estudios, que se valen de experimentos muy controlados, es casi seguro que subestiman la magnitud del ruido en el mundo real de la justicia penal. Los jueces de la vida real tienen delante mucha más información de la que los participantes en el estudio tenían en las historias cuidadosamente especificadas de esos experimentos. Parte de esta información adicional es, por supuesto, pertinente, pero también hay abundantes pruebas de que información irrelevante, en forma de factores nimios y aparentemente aleatorios, puede dar lugar a grandes diferencias en los resultados. Por ejemplo, se ha comprobado que es más probable que los jueces concedan la libertad condicional al comienzo del día o después de una pausa para comer que inmediatamente antes de dicha pausa. Si los jueces están hambrientos, son más duros.[16]

Un estudio realizado sobre miles de decisiones tomadas por tribunales de menores encontró que, cuando el equipo de fútbol americano local pierde un partido el fin de semana, los jueces

toman decisiones más duras el lunes (y, en menor medida, el resto de la semana).[17] Los acusados negros se llevaron, con diferencia, la peor parte. Un estudio diferente examinó durante tres décadas un millón y medio de decisiones judiciales y encontró que, en los días que seguían a una derrota del equipo de fútbol americano de la ciudad, los jueces eran más severos que durante los días siguientes a una victoria.[18]

Un estudio de seis millones de decisiones tomadas por jueces en Francia durante doce años encontró que estos eran más indulgentes con los acusados en el día de su cumpleaños.[19] (En el cumpleaños del acusado; sospechamos que los jueces podrían ser más indulgentes también en sus propios cumpleaños, aunque, por lo que sabemos, esa hipótesis no ha sido contrastada.) Incluso algo tan irrelevante como la temperatura exterior puede influir en los jueces.[20] Una revisión de doscientas siete mil decisiones que tomaron los tribunales de inmigración en cuatro años encontró un efecto significativo de las variaciones diarias de temperatura: cuando fuera hacía calor, era menos probable obtener asilo. Si el solicitante sufre persecución política en su país de origen y busca asilo en otro, debe mantener la esperanza y tal vez rezar por que haga un día más fresco.

REDUCIENDO EL RUIDO EN LAS SENTENCIAS

En la década de 1970, los argumentos de Frankel y los hallazgos empíricos que los respaldaban llamaron la atención de Edward M. Kennedy, hermano del presidente asesinado John F. Kennedy y uno de los miembros más influyentes del Senado de Estados Unidos. Kennedy estaba consternado y horrorizado. Ya en 1975, propuso una ley de reforma de las sentencias; no fue a ninguna parte. Sin embargo, Kennedy fue implacable. Señalando las prue-

bas, continuó presionando año tras año para que se promulgara esa ley. En 1984 lo consiguió. En respuesta a las pruebas de variabilidad injustificada, el Congreso promulgó su Ley de Reforma de las Sentencias de 1984.

La nueva ley tenía por objeto disminuir el ruido en el sistema reduciendo «la discrecionalidad irrestricta que la ley confiere a jueces y autoridades decisorias de la libertad condicional como responsables de imponer e implementar las sentencias».[21] Los miembros del Congreso hicieron una particular referencia a la disparidad de sentencias, que consideraban «injustificadamente amplia», citando en concreto los hallazgos que probaban que, en la zona de Nueva York, las penas para casos reales idénticos podían oscilar entre tres y veinte años de prisión.[22] La ley creó la Comisión de Sentencias de Estados Unidos, tal y como había recomendado el juez Frankel, cuya principal tarea era clara: marcar a las sentencias directrices que serían obligatorias y que establecerían un rango restringido para las sentencias penales.

Al año siguiente, la comisión estableció esas directrices, basadas en general en las sentencias medias por delitos similares en un análisis de diez mil casos reales. El juez del Tribunal Supremo Stephen Breyer, que participó intensamente en el proceso, defendió la práctica del pasado señalando el desacuerdo irresoluble en el seno de la comisión: «¿Por qué la comisión no se reunió para razonar este asunto y no solo para hacer historia? La respuesta es breve: no pudimos. No pudimos porque hay buenos argumentos por todas partes apuntando en direcciones opuestas [...] Intenten enumerar todos los delitos que existen por orden de punibilidad [...] Reúnan luego los resultados de sus amigos y observen si todos coinciden. Les diré que no lo hacen».[23]

Según las directrices, los jueces debían considerar dos factores para establecer las sentencias: el delito y el historial delictivo del acusado. A los delitos se les asignaban cuarenta y tres «niveles

delictivos», dependiendo de su gravedad. En el historial delictivo del acusado contaba sobre todo el número y la gravedad de sus condenas anteriores. Una vez reunidos el delito y los antecedentes, las directrices ofrecían un rango relativamente reducido de sentencias, con la autorización de que la parte superior de la horquilla excediese a la inferior en un máximo de seis meses o un 25 por ciento. Se permitía a los jueces salirse por completo de esa horquilla en consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes, pero era algo que debían justificar ante un tribunal de apelación.[24]

Aunque las directrices son obligatorias, no son del todo rígidas. No van tan lejos como el juez Frankel quería. Ofrecen a los jueces un espacio importante para maniobrar. No obstante, distintos estudios que utilizan una variedad de métodos y se centran en diferentes periodos, han llegado a la misma conclusión: las directrices disminuyen el ruido. En términos más técnicos, «redujeron la variación neta de las sentencias atribuibles a la casualidad de la identidad del juez que dictó sentencia».[25]

El estudio más elaborado provino de la propia comisión.[26] Esta comparó las sentencias en los casos de atraco a bancos, tráfico de cocaína, tráfico de heroína y malversación de fondos en 1985 (antes de que las directrices entraran en vigor) con las dictadas entre el 19 de enero de 1989 y el 30 de septiembre de 1990. Se emparejó a los delincuentes con respecto a los factores que se consideraban pertinentes para dictar sentencia con arreglo a las directrices. Por cada delito, las variaciones entre los jueces fueron mucho menores en el último periodo, después de aprobarse la Ley de Reforma de las Sentencias.

Según otro estudio, la diferencia esperada en la duración de las condenas entre los jueces fue del 17 por ciento, o de 4,9 meses, en 1986 y 1987. Ese número descendió al 11 por ciento, o a 3,9 meses, entre 1988 y 1993.[27] Un estudio independiente, que

abarcó diferentes periodos, encontró un éxito similar en la reducción de las disparidades entre los jueces, definidas como las diferencias en las sentencias medias entre jueces que tenían una cantidad similar de casos.[28]

A pesar de estos hallazgos, las directrices se encontraron con una tormenta de críticas. Algunas personas, entre ellas muchos jueces, pensaban que algunas sentencias eran demasiado severas (fruto del sesgo, no del ruido). Para nuestros propósitos, una objeción mucho más interesante, proveniente de numerosos jueces, era que las directrices eran muy injustas, porque prohibían a los jueces tener en cuenta de forma adecuada las particularidades del caso. El precio de reducir el ruido era tomar decisiones inaceptablemente mecánicas. La profesora de Derecho de Yale Kate Stith y el juez federal José Cabranes escribieron que «la necesidad no es de ceguera, sino de conocimiento, de equidad», lo cual «solo puede darse en un juicio que tenga en cuenta las complejidades del caso particular».[29]

Esta objeción ocasionó enérgicas impugnaciones a las directrices, unas basadas en la ley y otras fundadas en la política adoptada. Esas impugnaciones se obviaron hasta que, por razones del todo ajenas al debate que aquí resumimos, el Tribunal Supremo anuló las directrices en 2005.[30] Como resultado del fallo de este tribunal, las directrices se quedaron en algo meramente consultivo. Es revelador que los jueces federales se quedaran mucho más contentos después de que el Tribunal Supremo tomara esa decisión. El 75 por ciento prefería el régimen consultivo, mientras que solo el 3 por ciento pensaba que la obligatoriedad era mejor.[31]

¿Cuáles habían sido los efectos de cambiar las directrices de obligatorias a consultivas? Crystal Yang, profesora de Derecho en Harvard, investigó esta cuestión no con un experimento o con una encuesta, sino con un conjunto masivo de datos de senten-

cias reales dictadas contra casi cuatrocientos mil acusados. Su principal hallazgo fue que, en múltiples mediciones, las disparidades entre los jueces aumentaron de forma significativa después de 2005. Cuando las directrices eran obligatorias, los acusados que habían sido condenados por un juez relativamente severo fueron sentenciados con 2,8 meses más que si hubieran sido condenados por un juez del promedio. Cuando las directrices fueron meramente consultivas, la disparidad se duplicó. En franca consonancia con lo señalado por el juez Frankel hacía cuarenta años, Yang escribió que sus «hallazgos plantean grandes cuestiones de equidad, ya que la identidad del juez sentenciador asignado contribuye de forma significativa al tratamiento dispar de delincuentes similares condenados por delitos similares».[32]

Después de que las directrices fueran consultivas, los jueces se volvieron más propensos a basar sus sentencias en sus valores personales. Las directrices obligatorias reducen tanto el sesgo como el ruido. Tras la decisión del Tribunal Supremo, se produjo un aumento significativo de la disparidad entre las sentencias de los acusados afroamericanos y las de los blancos condenados por los mismos delitos. A su vez, las juezas se volvieron más propensas a una mayor discrecionalidad a favor de la indulgencia. Al igual que ocurría con los jueces nombrados por presidentes demócratas.

Tres años después de fallecer el juez Frankel en 2002, la abolición de las directrices produjo un retorno a algo más parecido a la que fue su pesadilla: la ley sin orden.

La historia de la batalla del juez Frankel por implantar unas directrices para las sentencias permite vislumbrar varios de los puntos clave que trataremos en este libro. El primero de ellos es que el acto de juzgar es difícil, porque el mundo es un lugar com-

plicado e incierto. Esta complejidad es obvia en la judicatura, y también existe en la mayoría de las situaciones que requieren un juicio profesional. En líneas generales, estas situaciones incluyen juicios emitidos por médicos, enfermeras, abogados, ingenieros, profesores, arquitectos, ejecutivos de Hollywood, miembros de comités de contratación, editores de libros, ejecutivos de toda clase de empresas y directivos de equipos deportivos. El desacuerdo es inevitable cuando se emite un juicio.

El segundo punto es que el alcance de estos desacuerdos es mucho mayor de lo que esperamos. Aunque pocas personas se oponen al principio de discrecionalidad judicial, casi todas desaprueban la magnitud de las disparidades que produce. El «ruido del sistema», es decir, la variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos, puede generar una injusticia rampante, elevados costes económicos y muchas clases de errores.

El tercer punto es que el ruido puede reducirse. El método por el que abogaba Frankel, implementado por la Comisión de Sentencias —reglas y directrices—, es uno de los varios posibles que logran reducir el ruido. Otros métodos se adaptan mejor a otros tipos de juicio. Algunos de los métodos adoptados para reducir el ruido pueden reducir simultáneamente el sesgo.

El cuarto punto es que los intentos de reducción del ruido suscitan a menudo objeciones y se encuentran con serias dificultades. Esto debe también abordarse, o la lucha contra el ruido fracasará.

SOBRE EL RUIDO EN LAS SENTENCIAS

- «Los experimentos muestran grandes disparidades entre los jueces en las sentencias que recomendaban para casos idénticos. Esta

variabilidad no puede ser justa. La sentencia para un acusado no debe depender del juez al que se le asigne el caso.»

- «Las sentencias penales no han de obedecer al estado de ánimo del juez durante la vista ni a la temperatura exterior.»
- «Las directrices son una forma de abordar esta cuestión. Sin embargo, a mucha gente no le gustan, porque limitan la discrecionalidad judicial, que podría ser necesaria para garantizar la equidad y la exactitud. Después de todo, cada caso es único, ¿no?»

Introducción al Realismo Jurídico

El realismo jurídico es una corriente filosófica del derecho que enfatiza el estudio del derecho tal como es practicado en la realidad, en lugar de centrarse exclusivamente en su dimensión teórica o normativa. Surgió como una reacción contra las posturas formalistas y positivistas que consideraban al derecho como un sistema cerrado y autosuficiente de normas. Los realistas jurídicos defendieron que el derecho no puede entenderse sin analizar cómo es aplicado por jueces, abogados y otros actores en contextos específicos. Esta perspectiva abarca una crítica profunda a las estructuras tradicionales del derecho y se relaciona con un enfoque más pragmático que conecta las normas legales con las necesidades y realidades sociales.

Contexto Histórico y Surgimiento

El realismo jurídico se desarrolló principalmente durante las primeras décadas del siglo XX, como una crítica a la rigidez del formalismo jurídico predominante en el siglo XIX. Esta escuela surgió en dos contextos geográficos principales:

1. **Estados Unidos**, influido por el pragmatismo filosófico y la necesidad de adaptar el derecho a los cambios sociales y económicos. La revolución industrial y los cambios estructurales en la economía llevaron a cuestionar un sistema jurídico que no ofrecía soluciones flexibles ni prácticas.
2. **Europa continental**, especialmente en los países escandinavos, donde el enfoque estuvo más relacionado con una crítica empirista al lenguaje y a las normas jurídicas. En esta región, el pensamiento filosófico también jugó un papel fundamental en la formación de la teoría.

La Gran Depresión y las transformaciones sociales del periodo entre guerras también fueron catalizadores para el desarrollo de esta corriente, que buscaba un derecho más sensible a las necesidades sociales y económicas del momento. La creciente complejidad de los problemas

sociales puso de manifiesto la inadecuación del derecho tradicional y reforzó la necesidad de enfoques más adaptables.

Ideas Principales del Realismo Jurídico

1. **El derecho como práctica social:** El derecho no es un conjunto abstracto de normas, sino una práctica que depende de los comportamientos y decisiones de los operadores jurídicos. Esta idea subraya la necesidad de estudiar el derecho como una dinámica viva que interactúa con el contexto social. Por ejemplo, en el ámbito laboral, un juez podría interpretar las normas de despido teniendo en cuenta el impacto económico de una empresa en una comunidad local, mostrando cómo la práctica del derecho interactúa con factores sociales. Otro ejemplo se observa en casos de discriminación, donde los operadores jurídicos consideran el contexto histórico y social de los grupos afectados al emitir decisiones que buscan equidad y justicia.
2. **Predicción del comportamiento judicial:** Para entender el derecho, es crucial analizar cómo los jueces deciden en la práctica, más allá de lo que establecen las leyes escritas. Los realistas afirman que, para los ciudadanos, el derecho se manifiesta en las decisiones concretas, no en los textos legales.
3. **Rechazo del formalismo:** Las decisiones judiciales no se derivan automáticamente de las normas; factores como la psicología, la política y las circunstancias específicas también influyen. Este enfoque destaca la complejidad y subjetividad inherentes al derecho.
4. **Empirismo:** Los realistas promueven el estudio empírico del derecho mediante la observación y el análisis de cómo funciona en la práctica. Se hace hincapié en la recopilación de datos para fundamentar teorías y críticas.
5. **Carácter indeterminado del derecho:** Las normas legales suelen ser vagas o ambiguas, lo que deja margen para la interpretación judicial. Esta ambigüedad es un reflejo de la complejidad de la vida social y de la necesidad de flexibilidad en las decisiones legales.

Tipos de Realismo Jurídico

Realismo Jurídico Estadounidense

El realismo jurídico estadounidense se desarrolló principalmente durante las décadas de 1920 y 1930. Sus representantes más destacados incluyen a Oliver Wendell Holmes Jr., Karl Llewellyn y Jerome Frank. Las características principales de esta corriente son:

1. **Pragmatismo:** Influido por la filosofía pragmatista de William James y John Dewey, el realismo estadounidense busca soluciones prácticas y útiles a los problemas jurídicos. Este enfoque permite adaptar el derecho a contextos específicos.
2. **Enfoque en los jueces:** Se presta especial atención a cómo los jueces interpretan y aplican las leyes en situaciones concretas, considerando sus experiencias y prejuicios.
3. **Desmitificación del proceso judicial:** Los realistas estadounidenses critican la idea de que las decisiones judiciales son el resultado de una aplicación estricta de las normas, enfatizando el papel de factores subjetivos y políticos. Esto expone la influencia de intereses económicos y sociales en el sistema judicial.

Realismo Jurídico Escandinavo

El realismo jurídico escandinavo, liderado por figuras como Axel Hägerström, Alf Ross y Karl Olivecrona, adoptó una perspectiva más filosófica y crítica. Sus principales características incluyen:

1. **Empirismo radical:** Rechazo de las nociones metafísicas o trascendentales del derecho, centándose en hechos observables. Esto implica una desconexión de cualquier base moral o trascendente en las normas legales.
2. **Crítica al lenguaje jurídico:** Se cuestiona la objetividad de los conceptos jurídicos, considerándolos como construcciones sociales con significados variables. Esta crítica permite un análisis más profundo del papel del derecho en la estructura social.

3. **Función social del derecho:** Énfasis en el impacto del derecho en la organización social y la regulación de conductas. Esta perspectiva prioriza el estudio del derecho como una herramienta para la cohesión y el cambio social.

Diferencias entre el Realismo Estadounidense y Escandinavo

1. **Enfoque:** El realismo estadounidense es más pragmático y orientado a los resultados, centrándose en cómo las decisiones judiciales afectan a problemas específicos y promueven soluciones prácticas. Por ejemplo, este enfoque puede observarse en el desarrollo de precedentes legales que adaptan la ley a contextos cambiantes, como en *Brown v. Board of Education* (1954), donde se buscó eliminar la segregación escolar para lograr una mayor justicia social. Por otro lado, el realismo escandinavo adopta una postura filosófica y analítica, analizando cómo los conceptos legales reflejan construcciones sociales y desafiando nociones metafísicas del derecho. Un ejemplo claro es la obra de Alf Ross, quien argumentó que los términos legales deben ser entendidos como herramientas funcionales más que como realidades objetivas, lo que se tradujo en un enfoque más científico y descriptivo del análisis jurídico.

2. **Contexto de estudio:** Los estadounidenses se centran en la decisión judicial, destacando cómo los jueces interpretan y aplican las leyes en casos concretos. Por ejemplo, en *Roe v. Wade* (1973), la decisión sobre el derecho al aborto reflejó una interpretación judicial basada en derechos individuales y consideraciones sociales. En contraste, los escandinavos examinan el lenguaje y los conceptos jurídicos desde una perspectiva empírica y filosófica. Por ejemplo, Alf Ross utilizó estudios empíricos para analizar cómo las normas funcionan en la práctica, argumentando que los conceptos legales son construcciones sociales destinadas a regular el comportamiento, más que verdades objetivas. Este contraste refleja enfoques distintos: los estadounidenses priorizan los resultados prácticos, mientras que los

escandinavos buscan comprender y criticar los fundamentos teóricos del derecho.

3. **Influencia filosófica:** El realismo estadounidense está influido por el pragmatismo, una corriente que prioriza las soluciones prácticas y efectivas para resolver problemas sociales mediante el derecho. Esto se traduce en una visión del sistema legal como una herramienta flexible para enfrentar desafíos contemporáneos. Un ejemplo claro de esta influencia es el caso *Brown v. Board of Education* (1954), donde el pragmatismo guió la decisión para eliminar la segregación racial en las escuelas públicas, atendiendo a los efectos sociales adversos del racismo institucional. Por otro lado, el realismo escandinavo encuentra sus fundamentos en el empirismo lógico y el positivismo, lo que implica un enfoque más científico y crítico del lenguaje jurídico. Alf Ross, por ejemplo, analizó las normas legales como directrices respaldadas por sanciones y no como verdades objetivas, promoviendo un entendimiento del derecho como un fenómeno observable y medible. Esta diferencia filosófica destaca las prioridades culturales: mientras los estadounidenses buscan resultados prácticos inmediatos, los escandinavos se enfocan en desentrañar las estructuras teóricas subyacentes para mejorar el sistema legal en su conjunto.

Conclusión

El realismo jurídico representa una ruptura con las tradiciones formalistas del derecho, proponiendo un enfoque más pragmático y empírico. Tanto en su versión estadounidense como escandinava, ha influido significativamente en la forma de entender y aplicar el derecho, acercándolo a las realidades sociales y económicas. Esta perspectiva sigue siendo relevante en la investigación jurídica contemporánea, especialmente en contextos que demandan un análisis crítico y adaptativo de las normas. Su legado inspira a abordar el derecho como una herramienta al servicio de la sociedad, capaz de evolucionar junto con ella.

www.bbc.com

¿Justicia ciega? Los curiosos experimentos que muestran cómo los sesgos afectan a los jueces - BBC News Mundo

Información del artículo

9-11 minutes



Fuente de la imagen, Getty Images

Pie de foto, La Justicia quizá sea ciega, pero los jueces son humanos.

- Autor, Redacción
- Título del autor, BBC News Mundo

- 24 julio 2019

Resulta que, después de todo, la justicia no es tan ciega.

Así lo exponen varios estudios realizados en Estados Unidos que investigaron distintas formas y factores que pueden influir en los jueces, al igual que ocurre con cualquier otra persona.

La sociedad espera que los jueces actúen de forma justa al tomar decisiones que afectan la vida de otras personas y que apliquen la ley como corresponde, basándose únicamente en los hechos que se les presentan.

Pero los humanos tenemos prejuicios inherentes y algunos de ellos pueden ser sorprendentes.

La importancia de un nombre

Jeffrey J. Rachlinski es profesor de Derecho en la Universidad Cornell (EE.UU.) y ha pasado los últimos 20 años al frente de varios estudios sobre el sesgo de los jueces.



Fuente de la imagen, PA Media

Pie de foto, Jeffrey Rachlinski halló que las sentencias pueden verse afectadas por números en los que los jueces piensan por razones no relacionadas con el caso en cuestión.

Una de sus investigaciones más conocidas se centró en cómo les afecta a los jueces el llamado "anclaje"; es decir, el fenómeno por el que una persona se apoya en exceso sobre una pieza de información inicial que actúa como un ancla porque se engancha en su mente al tomar una decisión sobre un tema.

Como parte del estudio se les presentó a varios jueces un caso hipotético en el que un club nocturno ficticio había violado una directriz sobre ruidos.

A los jueces se les ofrecieron todas las circunstancias y la información legal que necesitaban para fallar sobre el caso, y se les dijo que el club se llamaba como la dirección en la que estaba situado: para la mitad de ellos el nombre fue Club 55 y para la otra mitad fue Club 11866.

"La multa fue **tres veces más alta** en el grupo en el que el local se llamaba Club 11866", escribió Rachlinski más tarde, y eso ocurrió simplemente "porque 11.866 es un número más alto que 55", dijo.

Cuando el orden de factores sí altera el producto

A medida que los investigadores continuaron estudiando los efectos del anclaje emergieron otros patrones.

En otra situación ficticia se les pidió a los jueces que sentenciaran a dos convictos cuyos crímenes acarreaban distintas penas de cárcel: un año o nueve años.

"Cuando condenaron primero al criminal de la pena de un año, le impusieron al segundo una pena de seis años en lugar de nueve", relata Rachlinski.

"Al haber condenado poco antes a un hombre a un año, nueve años parecían demasiados, así que redujeron la sentencia para la segunda persona", explica.

"Pero cuando revertimos el orden con otro grupo de jueces y condenaron primero al criminal de la pena de nueve años, al de un año le impusieron una sentencia de dos años, porque uno solo no pareció suficiente".



Fuente de la imagen, Getty Images

Pie de foto, La sociedad espera que los jueces sean justos y apliquen la ley según los hechos.

En estudios posteriores, los jueces impusieron penas más cortas cuando las consignaban en meses en lugar de en años.

Veredicto desde las entrañas

Hay un viejo dicho estadounidense sobre leyes que dice: "**La justicia es lo que el juez comió para desayunar**".

Probablemente nos guste pensar que magistrados con experiencia no se pueden ver afectados por algo tan banal como las horas de

comida, pero los estudios indican que ahí también hay un sesgo.

Un estudio de 2011, realizado en la Escuela de Negocios de Columbia por el profesor Jonathan Levay mostró que los jueces se inclinan más a conceder libertad condicional después de una pausa para comer, pero no tanto cuando el día se alarga.

Levay y su equipo estudiaron 1.112 decisiones sobre libertad condicional emitidas por ocho jueces experimentados en Israel en un período de 10 meses.

El 65% de los casos en los que los jueces habían comido un *snack* o habían tenido un descanso para comer recibieron libertad condicional, tal como se publicó en la revista oficial de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos.

Pero a medida que el día avanzó, la tasa de fallos favorables a la condicional bajó gradualmente, algunas veces hasta ninguna, solo para regresar al 65% después de otro descanso.



Fuente de la imagen, Getty Images

Pie de foto, Según un viejo dicho, "la justicia es lo que el juez comió para desayunar".

Los investigadores no pudieron establecer si esto fue por los efectos en el juez de haber comido algo o el descanso mental, pero Shai Danziger, uno de los coautores del estudio, dijo que los resultados indican que "variables externas pueden influir en las decisiones judiciales".

"Esto reafirma el creciente número de estudios que apuntan a la susceptibilidad de jueces experimentados a los sesgos psicológicos", señaló Danziger.

Creencias arraigadas

Otro estudio publicado en abril de 2018 se centró en el prejuicio de género de más de 500 jueces (68% hombres, 30% mujeres y 2% sin identificar) del régimen de tribunales de un determinado estado de EE.UU.

El régimen específico no fue identificado porque comisionó el estudio para ayudar a abordar el problema.

Los investigadores les dieron a los magistrados dos casos imaginarios que estaban relacionados con custodias de niños y discriminación sexual, y los demandantes eran hombre o mujer.

Los jueces rellenaron previamente una encuesta en la que respondieron a cuestiones sobre roles de género tradicionales que incluían estereotipos como "las mujeres están más interesadas en criar niños" o "a las familias les va mejor si el hombre es el cabeza de familia".

Andrea Miller, una de las investigadoras de este estudio y profesora en la Universidad de Illinois, reportó sus hallazgos en la revista *Social Psychological and Personality Science*: los veredictos de los jueces reproducían sus ideas preconcebidas sobre los roles de género.



Fuente de la imagen, Getty Images

Pie de foto, Un estudio halló sesgos de género acordes a los propios prejuicios de los jueces sobre los roles de hombres y mujeres.

Lo más inquietante es el hecho de que cuando el equipo de investigadores condujo las mismas pruebas con una muestra de 500 personas comunes encontraron que el sesgo entre jueces es más fuerte que el del público general.

"Las ideas culturales sobre el género pueden moldear la toma de decisiones de los jueces tanto como pasa con cualquiera de nosotros", señaló Miller.

"La pericia de los jueces no los inocula contra los prejuicios a la hora de emitir fallos".

Los jueces son humanos

Hay cada vez más investigaciones que muestran algo que no debería sorprendernos: los jueces son personas también.

Terry Maroney es profesora de Derecho en la Universidad Vanderbilt en Estados Unidos y da clases a jueces recién nombrados en un programa que, de forma cariñosa, se conoce como "escuela de pequeños jueces".

La iniciativa fue creada por el Congreso de EE.UU. en los años 60 "para asegurar que las personas tienen lo que necesitan para hacer el trabajo", explicó Jeremy Fogel, director del Centro Judicial Federal y responsable de la formación en esta escuela.

Desde 2013, a estos jueces también se les enseña a ser conscientes de cómo sus emociones pueden afectar sus decisiones. indicó Maroney en una entrevista para el podcast *Against the Rules.*

"Hemos mantenido esta extraña ficción de que la emoción es irrelevante al derecho y que las leyes están ligadas a la racionalidad cuando prácticamente todas las demás disciplinas en el mundo entienden que la emoción es central en todos los aspectos de la vida humana", expuso Maroney.

Maroney anima a los jueces a considerar sus emociones cuando van a emitir un veredicto, y dice que **los jueces menos dispuestos a reconocer sus sesgos son más propensos a cometer errores**.



Fuente de la imagen, Getty Images
Pie de foto, Varios estudios se han centrado en examinar factores externos que pueden influir en los juicios.

Desaprender el prejuicio

James Redwine, juez retirado y columnista de un periódico en Indiana, está de acuerdo.

Dice que el tema no es "si los jueces tienen prejuicios, sino si pueden asegurarse de que otras personas no se ven afectadas por esos prejuicios".

En un artículo escrito para el National Judicial College, recordó el caso de una niña de 12 años afroestadounidense que denunció que fue violada por cinco adolescentes también afroestadounidenses.

El juez Redwine, que tiene raíces indígenas pero describe su crianza como más cercana a la élite blanca de EE.UU., admitió que instintivamente se encontró "incapaz de juzgar justamente" a los chicos negros que estaban ante él porque quería ponerse del lado de la niña.

Pero a medida que el caso progresó, el jurado -formado casi totalmente por afroestadounidenses- fue capaz de ver las cosas de forma más matizada.

Se llamó a varios testigos y el tribunal pudo establecer que el caso no era exactamente tal y como parecía al principio.

"Fácilmente podía haber dejado que mis prejuicios ayudaran a crear varios errores judiciales graves", reconoció el juez.

Convencido de que "el prejuicio es una característica aprendida", Redwine añadió: "Hoy, cuando juzgo, aspiro a desaprender esas lecciones".

Estudios Críticos del Derecho: Una mirada a sus rasgos, ejemplos y aplicaciones

Introducción

Los Estudios Críticos del Derecho (CLS, por sus siglas en inglés) representan un movimiento de pensamiento jurídico que cuestiona las bases tradicionales del derecho[1]. Surgido a finales de la década de 1970 en Estados Unidos, este movimiento se caracteriza por su crítica a la neutralidad del derecho, la indeterminación del derecho y la estrecha relación entre derecho y poder. En este informe, se explorarán los rasgos más importantes de esta escuela, proporcionando ejemplos de su aplicación en diferentes áreas del derecho.

Definiendo los Estudios Críticos del Derecho

Los Estudios Críticos del Derecho se pueden entender como una corriente de pensamiento jurídico de izquierda que busca desafiar las ideas convencionales sobre el derecho y su funcionamiento en la sociedad[1]. Su objetivo principal es desenmascarar las estructuras de poder que se ocultan tras el discurso jurídico y promover una visión más justa y equitativa del derecho[2].

A diferencia de otras escuelas de pensamiento jurídico, los CLS no se definen por un conjunto de proposiciones compartidas por todos sus miembros[1]. Más bien, se caracterizan por una diversidad de enfoques y perspectivas que convergen en la crítica a la neutralidad del derecho y su papel en la perpetuación de las desigualdades sociales.

Los CLS se nutren de diversas corrientes de pensamiento, como el realismo jurídico, el neomarxismo y el postmodernismo[2]. Además, este movimiento concede gran importancia a la educación legal, considerándola un espacio crucial para la reproducción de las ideas dominantes sobre el derecho. Los CLS ven su propio movimiento como una forma de crítica y

reconstrucción de la enseñanza del derecho, buscando promover un enfoque más crítico y transformador[3].

Es importante destacar que los CLS surgieron en un contexto político particular en Estados Unidos. El movimiento se consolidó como una plataforma para la izquierda en las facultades de derecho, ofreciendo un espacio para el debate y la crítica de las estructuras de poder en el ámbito jurídico[1]. Sin embargo, caracterizar a los CLS como un movimiento unificado presenta desafíos, dada la diversidad de perspectivas y enfoques que lo componen[1].

Una de las ideas centrales de los CLS es que la educación legal tradicional juega un papel fundamental en la perpetuación del pensamiento jurídico convencional. Al enfatizar la lógica formal y la neutralidad del derecho, se impide a los estudiantes desarrollar un pensamiento crítico que cuestione las bases del sistema legal[2].

CLS y la Crítica de los Derechos

Los CLS no se limitan a criticar la estructura del sistema legal, sino que también cuestionan el discurso de los derechos. Argumentan que la idea de derechos universales y objetivos es una ilusión que oculta las relaciones de poder que subyacen al derecho[4]. Los derechos, en esta visión, no son inherentes a la persona, sino que son construcciones sociales que reflejan los intereses de los grupos dominantes.

Para ilustrar su crítica, los CLS utilizan la analogía de una "adquisición hostil" (takeover). Así como una empresa puede ser tomada por otra en contra de la voluntad de sus directivos, los CLS argumentan que el discurso de los derechos ha sido "tomado" por las élites para servir a sus propios intereses [4]. Esta analogía resalta cómo los derechos, en lugar de ser herramientas de emancipación, pueden ser utilizados para legitimar la desigualdad y la opresión.

La crítica de los CLS se extiende también a los argumentos sobre "derechos internos", es decir, aquellos que se basan en la lógica interna del sistema jurídico. Sostienen que estos argumentos no son más que una

forma de justificar las decisiones judiciales que, en realidad, están influenciadas por factores externos como la ideología y las relaciones de poder[5].

Esta crítica a los derechos se conecta con el pensamiento posmoderno, que cuestiona la idea de verdades universales y objetivas. Los CLS, influenciados por el posmodernismo, argumentan que el discurso de los derechos es una forma de "metanarrativa" que busca imponer una visión particular del mundo[5]. Al deconstruir esta metanarrativa, los CLS buscan abrir espacio para la diversidad y la pluralidad en el ámbito jurídico.

Rasgos principales de los Estudios Críticos del Derecho

Los Estudios Críticos del Derecho se distinguen por una serie de rasgos que los diferencian de otras escuelas de pensamiento jurídico. Algunos de los más importantes son:

- **Crítica a la neutralidad del derecho:** Los CLS rechazan la idea de que el derecho es neutral y objetivo[6]. Argumentan que el derecho está impregnado de valores e ideologías que reflejan los intereses de los grupos dominantes en la sociedad. Esta crítica se extiende a la idea de que los jueces son meros aplicadores de la ley, argumentando que en su labor interpretativa intervienen inevitablemente sus propios valores y perspectivas[7]. Incluso las teorías que buscan una neutralidad valorativa en el derecho se enfrentan al desafío de cómo determinar el contenido del derecho sin recurrir a juicios de valor[8]. En este sentido, los CLS retoman la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural, que busca fundamentar el derecho en principios morales preexistentes. Kelsen, al igual que los CLS, cuestiona la posibilidad de un derecho natural objetivo y universal[9].

- **Indeterminación del derecho:** Los CLS sostienen que el derecho es indeterminado, es decir, que las normas jurídicas no siempre ofrecen una respuesta clara y unívoca a los problemas que se presentan en la práctica[10]. Esta indeterminación se debe, en parte, a la ambigüedad del lenguaje jurídico[11] y a la existencia de lagunas en el sistema legal. Además, la indeterminación se acentúa cuando se analiza el lenguaje legal palabra por palabra, en lugar de considerar la disposición en su

conjunto[10]. Argumentos: Los textos legales son ambiguos y permiten múltiples interpretaciones. Existen precedentes contradictorios que pueden ser utilizados para justificar diferentes resultados. Las doctrinas jurídicas son manipulables y pueden ser adaptadas para servir a intereses específicos. Consecuencias: La indeterminación del derecho abre la puerta a la arbitrariedad judicial y socava la idea de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

- **Relación entre derecho y poder:** Los CLS enfatizan la estrecha relación entre derecho y poder[7]. Argumentan que el derecho es un instrumento de poder que se utiliza para mantener y reproducir las relaciones de dominación existentes en la sociedad. El derecho, en esta visión, no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar determinados objetivos políticos y sociales[12]. Los CLS señalan que el derecho crea una ilusión de orden y coherencia para ocultar su conexión con el poder. A través de símbolos y rituales, el derecho legitima las estructuras de poder existentes y silencia las voces disidentes[7]. Ejemplos: El derecho de propiedad protege los intereses de los ricos y poderosos a expensas de los pobres. El derecho contractual perpetúa la explotación laboral. El derecho penal se aplica de manera discriminatoria contra las minorías y los pobres. Crítica a la Ideología: Los CLS analizan cómo las instituciones jurídicas perpetúan las ideologías que justifican la desigualdad, como el individualismo, la meritocracia y la libertad contractual.

- **Derecho y Política son Inseparables**: A diferencia de las teorías jurídicas tradicionales que pretenden separar el derecho de la política, los CLS sostienen que el derecho es intrínsecamente político. Las decisiones judiciales no son meramente técnicas o lógicas, sino que están impregnadas de consideraciones políticas e ideológicas. Implicaciones: Los jueces no son simplemente aplicadores neutrales de la ley, sino actores políticos que participan en la creación y recreación del orden social. Relación con el Realismo Jurídico: Los CLS retoman y amplían la crítica del realismo jurídico a la formalidad y la neutralidad del derecho, pero van más allá al analizar la función del derecho en la estructura de poder de la sociedad.

Ejemplos de aplicación de los Estudios Críticos del Derecho

Los Estudios Críticos del Derecho se han aplicado en diversas áreas del derecho, incluyendo:

- **Derecho constitucional:** Los CLS han analizado críticamente conceptos como la separación de poderes, la democracia y los derechos fundamentales, cuestionando su supuesta neutralidad y su papel en la legitimación del poder estatal[13]. Se cuestiona, por ejemplo, la forma en que los jueces aplican e interpretan el derecho constitucional, y cómo sus decisiones pueden estar influenciadas por factores ideológicos y políticos[14]. En este contexto, los CLS también han explorado el concepto de constitucionalismo democrático, que busca una mayor participación ciudadana en la creación e interpretación de la Constitución[15].

- **Derecho penal:** Los CLS han examinado cómo el derecho penal se utiliza para controlar y castigar a los grupos marginados de la sociedad, cuestionando la idea de que el castigo es una respuesta justa y eficaz al delito[16].

- **Derecho internacional:** Los CLS han analizado las estructuras de poder que subyacen al ordenamiento jurídico internacional, cuestionando la legitimidad de las instituciones internacionales y la eficacia del derecho internacional para promover la paz y la justicia global[13]. En este análisis, se destaca la dimensión social del derecho internacional, reconociendo que no se trata solo de un conjunto de normas, sino de un fenómeno social que refleja las relaciones de poder entre los Estados [13]. Los CLS también cuestionan la eficacia de los métodos dogmáticos en el derecho internacional, argumentando que estos métodos no logran alcanzar la objetividad que pretenden y que, en cambio, pueden perpetuar las desigualdades existentes[17].

Comparación con otras escuelas de pensamiento jurídico

Escuela de Pensamiento Jurídico	Puntos de Convergencia con CLS	Puntos de Divergencia con CLS
Realismo jurídico	Ambos cuestionan la idea del derecho como un sistema lógico y coherente. Ambos reconocen la influencia de factores extrajurídicos en las decisiones judiciales[18].	El realismo jurídico se centra en la predicción de las decisiones judiciales, mientras que los CLS se interesan por las estructuras de poder que subyacen al derecho[18].
Positivismo jurídico	Ambos reconocen el derecho como un fenómeno social[19].	Los CLS rechazan la separación entre derecho y moral que defiende el positivismo jurídico, argumentando que el derecho está inevitablemente impregnado de valores morales[2]. Los CLS también cuestionan la idea positivista de que la validez del derecho se basa únicamente en criterios formales, como la autoridad de la fuente o el procedimiento de creación de la norma. En cambio, los CLS argumentan que la validez del derecho está intrínsecamente ligada a su contenido moral y a su capacidad para promover la justicia social. En este sentido, los CLS se acercan a la crítica de Alexy al positivismo jurídico, que cuestiona la "tesis de la separación" y defiende una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral [20].

Críticas a los Estudios Críticos del Derecho:

Los CLS han recibido críticas desde diferentes frentes:

Nihilismo y cinismo: Se les acusa de ser excesivamente negativos y destructivos, sin ofrecer alternativas constructivas al sistema jurídico existente.

Falta de rigor metodológico: Se critica su enfoque "literario" y la falta de un método claro y riguroso de análisis jurídico.

Relativismo extremo: La tesis de la indeterminación del derecho puede llevar a un relativismo extremo que socava la posibilidad de cualquier crítica o reforma significativa.

Utopismo: Se les acusa de ser idealistas y poco realistas en sus propuestas de transformación social a través del derecho.

Conclusiones

Los Estudios Críticos del Derecho representan una corriente de pensamiento jurídico que desafía las concepciones tradicionales del derecho. Su crítica a la neutralidad del derecho, la indeterminación del derecho y la relación entre derecho y poder ha tenido un impacto significativo en la forma en que se entiende y se estudia el derecho en la actualidad. A pesar de las críticas que ha recibido, esta escuela de pensamiento ofrece una perspectiva valiosa para comprender el papel del derecho en la sociedad y para promover una visión más justa y equitativa del mismo.

Los CLS nos invitan a cuestionar las bases mismas del sistema legal y a buscar formas de utilizar el derecho como herramienta de transformación social. En un mundo marcado por la desigualdad y la injusticia, la teoría crítica del derecho nos ofrece un conjunto de herramientas para analizar críticamente las estructuras de poder y para imaginar un futuro más justo. Si bien los CLS no ofrecen soluciones fáciles, su enfoque crítico nos impulsa a buscar nuevas formas de pensar el derecho y a comprometernos con la construcción de una sociedad más equitativa.

Es fundamental continuar explorando las posibilidades y limitaciones de los Estudios Críticos del Derecho, tanto en el ámbito académico como en la

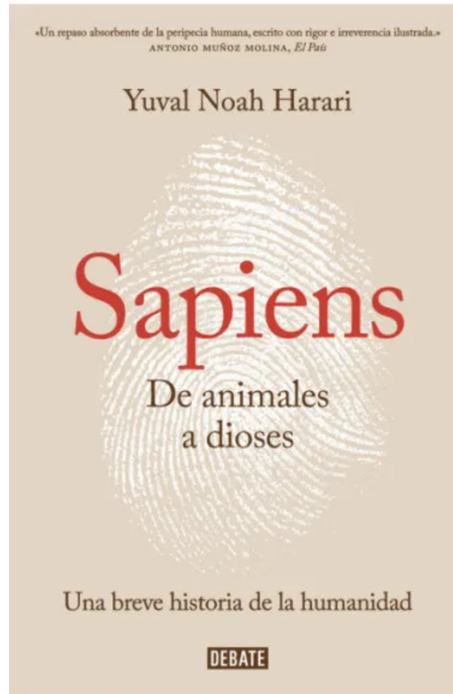
práctica jurídica. Se necesitan más investigaciones que apliquen la teoría crítica a contextos específicos, como el colombiano, para comprender cómo el derecho se utiliza para perpetuar las desigualdades y cómo se puede utilizar para promover el cambio social. El diálogo entre los CLS y otras corrientes de pensamiento jurídico, como el feminismo jurídico y el derecho crítico de la raza, también es crucial para enriquecer la teoría crítica y ampliar su impacto.

En última instancia, los Estudios Críticos del Derecho nos llaman a ser ciudadanos críticos y comprometidos, capaces de cuestionar las normas establecidas y de luchar por un mundo más justo.

Fuentes citadas

1. ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO - UNAM, acceso: enero 14, 2025, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/15.pdf
2. FISURAS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO: EL MOVIMIENTO «CRITICAL LEGAL STUDIES» - Revistas Pontificia Universidad Javeriana Cali, acceso: enero 14, 2025, https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/1059/912
3. "critical legal studies" en pocas palabras - Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico, acceso: enero 14, 2025, https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/download/208/204
4. La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies* - Universidad de Palermo, acceso: enero 14, 2025, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf
5. Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos - Universidad de Palermo, acceso: enero 14, 2025, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica03.pdf
6. LA NEUTRALIDAD DEL DERECHO - UNAM, acceso: enero 14, 2025, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/14.pdf
7. Teoría Crítica del Derecho - Dialnet, acceso: enero 14, 2025, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5209610.pdf
8. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa, acceso: enero 14, 2025, https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-teoria-del-derecho-y-neutralidad-valorativa/pdf
9. La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural. Autor: José Antonio Sendín Mateos., acceso: enero 14, 2025, https://www.eld.edu.mx/Revista-de-Investigaciones-Juridicas/RIJ-29/Capitulos/12-La-critica-de-Hans-Kelsen-a-la-doctrina-del-derecho-natural.pdf

10. Las fuentes de indeterminación del Derecho: una aproximación filosófica - revistas del INAP, acceso: enero 14, 2025, https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/download/784/839
11. Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídic - UNAM, acceso: enero 14, 2025, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/19.pdf
12. Vista de Poder y derecho | Perspectivas - Revistas UNIMINUTO, acceso: enero 14, 2025, https://revistas.uniminuto.edu/index.php/Pers/article/view/2066/1849
13. Hacia una aproximación crítica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, acceso: enero 14, 2025, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000200001
14. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL1 - Dialnet, acceso: enero 14, 2025, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2707671.pdf
15. Los critical legal studies y la interpretación - Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, acceso: enero 14, 2025, https://www.te.gob.mx/eje/media/files/4ff20fac1dad2e3.pdf
16. Revista de estudios críticos del derecho, acceso: enero 14, 2025, http://derecho.inter.edu/wp-content/uploads/2018/09/Volumen-11-Revista-de-Estudios-Criticos-del-Derecho.pdf
17. Contra los métodos en el Derecho Internacional: una crítica a partir de su contribución para la realización de la función s - Revistas Urosario, acceso: enero 14, 2025, https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/download/1389/1273/5155
18. Realismo crítico y filosofía del Derecho, acceso: enero 14, 2025, https://doxa.ua.es/article/view/2009-n32-realismo-critico-y-filosofia-del-derecho/pdf
19. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y SUS CRÍTICAS - Repositorio.comillas.edu., acceso: enero 14, 2025, https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/99743/retrieve
20. Dejemos atrás el positivismo jurídico - SciELO México, acceso: enero 14, 2025, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182007000200001



6
Construyendo pirámides

La revolución agrícola es uno de los acontecimientos más polémicos de la historia. Algunos partidarios proclaman que puso a la humanidad en el camino de la prosperidad y el progreso. Otros insisten que la llevó a la perdición. Fue el punto de inflexión, dicen, en el que los sapiens se desprendieron de su simbiosis íntima con la naturaleza y salieron corriendo hacia la codicia y la alienación. Fuera cual fuese la dirección que tomara el camino, no había posibilidad de dar marcha atrás. La agricultura permitió que las poblaciones aumentaran de manera tan radical y rápida que ninguna sociedad agrícola compleja podría jamás volver a sustentarse si retornaba a la caza y la recolección. Hacia el año 10000 a.C., antes de la transición a la agricultura, la Tierra era el hogar de unos 5-8 millones de cazadores-recolectores nómadas. En el siglo I d.C., solo quedaban 1-2 millones de cazadores-recolectores (principalmente en Australia, América y África), pero su número quedaba empequeñecido comparado con los 250 millones de agricultores en todo el mundo.

La inmensa mayoría de los agricultores vivían en poblados permanentes y solo unos pocos eran pastores nómadas. El hecho de establecerse hacía que el territorio de la mayoría de las personas se redujera de manera espectacular. Los antiguos cazadores-recolectores solían vivir en territorios que ocupaban muchas decenas e incluso cientos de kilómetros cuadrados. El «hogar» era todo el territorio, con sus colinas, ríos, bosques y cielo abierto. Los campesinos, en cambio, pasaban la mayor parte de sus días laborando en un pequeño campo o huerto, y su vida doméstica se centraba en una estructura confinada de madera, piedra o barro, que medía no más que unas pocas decenas de metros cuadrados: la casa. El campesino medio desarrolló un apego muy fuerte a esta estructura. Esta fue una revolución de gran alcance, cuyo impacto fue tanto psicológico como arquitectónico. En lo venidero, el apego a «mi

casa» y la separación de los vecinos se convirtieron en el rasgo psicológico distintivo de un ser mucho más egocéntrico.

Los nuevos territorios agrícolas no eran solo mucho más pequeños que los de los antiguos cazadores-recolectores, sino mucho más artificiales. Aparte del uso del fuego, los cazadores-recolectores hicieron pocos cambios deliberados en las tierras por las que vagaban. Los agricultores, en cambio, vivían en islas humanas artificiales que labraban laboriosamente a partir de las tierras salvajes circundantes. Talaban bosques, excavaban canales, desbrozaban campos, construían casas, cavaban surcos y plantaban árboles frutales en metódicas hileras. El hábitat artificial resultante estaba destinado únicamente a los humanos y a «sus» plantas y animales, y a menudo estaba cercado mediante paredes y setos. Las familias de agricultores hacían todo lo que podían para mantener alejadas las malas hierbas y los animales salvajes. Si estos intrusos conseguían introducirse, eran expulsados. Si persistían, sus antagonistas humanos buscaban maneras de exterminarlos. Alrededor del hogar se erigían defensas particularmente fuertes. Desde los albores de la agricultura hasta la actualidad, miles de millones de seres humanos armados con ramas, matamoscas, zapatos y sprays venenosos han librado una guerra implacable contra las diligentes hormigas, las furtivas cucarachas, las audaces arañas y los extraviados escarabajos que constantemente se infiltran en los domicilios humanos.

Durante la mayor parte de la historia, estos enclaves de factura humana fueron muy pequeños, y estuvieron rodeados de extensiones de naturaleza indómita. La superficie de la Tierra mide unos 510 millones de kilómetros cuadrados, de los cuales 155 millones son de tierras. Hacia el año 1400 d.C., la inmensa mayoría de los agricultores, junto con sus plantas y animales, se arracimaban en un área de solo 11 millones de kilómetros cuadrados, el 2 por ciento de la superficie del planeta. Todo el resto era demasiado frío, demasiado cálido, demasiado seco, demasiado húmedo o inadecuado por otras razones para el cultivo. Este minúsculo 2 por ciento de la superficie de la Tierra constituía el escenario en el que se desplegaba la historia.

A la gente le resultaba difícil dejar sus islas artificiales. No podían abandonar sus casas, campos y graneros sin correr el riesgo de perderlos. Además, a medida que el tiempo pasaba, acumularon cada vez más cosas: objetos, no fácilmente transportables, que los mantenían ligados. Los antiguos agricultores nos pueden parecer pobres de solemnidad, pero una familia media poseía más artefactos que toda una tribu de cazadores-recolectores.

La llegada del futuro

Mientras que el espacio agrícola se encogía, el tiempo agrícola se expandía. Los cazadores-recolectores no solían invertir mucho tiempo pensando en la próxima semana o el mes siguiente. En cambio, los agricultores recorrían en su imaginación años y décadas hacia el futuro.

Los cazadores-recolectores daban poca importancia al futuro porque vivían precariamente y solo podían conservar alimentos o acumular posesiones con dificultad. Desde luego, se dedicaron a una cierta planificación avanzada. Los

ejecutores del arte rupestre de Chauvet, Lascaux y Altamira pretendían, casi con toda seguridad, que este persistiera durante generaciones. Las alianzas sociales y las rivalidades políticas eran asuntos a largo plazo. A menudo se tardaba años en devolver un favor o vengar un agravio. No obstante, en la economía de subsistencia de la caza y la recolección, había un límite obvio a esta planificación a largo plazo.

Paradójicamente, les ahorró a los cazadores-recolectores muchas angustias. En realidad, no tenía sentido preocuparse por cosas sobre las que no podían influir. La revolución agrícola dio al futuro mucha más importancia de la que había tenido antes. Los agricultores, que tienen siempre en mente el futuro, trabajan a su servicio. La economía agrícola se basaba en un ciclo estacional de producción, que comprendía largos meses de cultivo seguidos de períodos de cosecha cortos e intensos. En la noche que seguía al final de una cosecha abundante los campesinos podían celebrar por todo lo que tenían, pero al cabo de una semana o así, se levantaban de nuevo al alba para pasar un largo día en el campo. Aunque había comida suficiente para hoy, para la semana siguiente e incluso el mes siguiente, tenían que preocuparse por el año próximo y por el año posterior a este.

La preocupación por el futuro se basaba no solo en los ciclos estacionales de producción, sino también en la incertidumbre fundamental de la agricultura. Puesto que la mayoría de las aldeas vivían cultivando una variedad muy limitada de plantas y animales domesticados, se hallaban a merced de las sequías, las inundaciones y la peste. Los campesinos se veían obligados a producir más de lo que producían, para poder acumular reservas. Sin grano en el silo, tinajas de aceite de oliva en la bodega, queso en la despensa y salchichas colgadas de las alfardas, se morirían de hambre en los años malos. Y los años malos llegarían más tarde o más temprano. Un campesino que viviera creyendo que no vendría un año malo no viviría mucho.

En consecuencia, desde la aparición de la agricultura las preocupaciones por el futuro se convirtieron en actores principales en el teatro de la mente humana. Allí donde los agricultores dependían de la lluvia para regar sus campos, el inicio de la estación de las lluvias significaba que todas las mañanas los granjeros oteaban el horizonte, oliscaban el viento y forzaban la vista. ¿Era aquello una nube? ¿Llegarían las lluvias a tiempo? ¿Llovería lo suficiente? ¿Acaso las tormentas violentas arrastrarían las simientes de los campos y derribarían los plantones? Mientras tanto, en los valles de los ríos Éufrates, Indo y Amarillo, otros campesinos vigilaban, con no menos ansiedad, la altura del agua. Necesitaban que los ríos subieran con el fin de extender los fértiles sedimentos de la capa superficial de las tierras altas, y que permitieran que sus extensos sistemas de irrigación se llenaran de agua. Pero las crecidas excesivas o que llegaran en el momento inadecuado podían destruir sus campos tanto como una sequía.

Los campesinos se preocupaban por el futuro no solo porque tenían más motivos para preocuparse, sino también porque podían hacer algo al respecto: podían desbrozar otro campo, excavar otra acequia de irrigación, sembrar más plantas. El campesino ansioso era tan frenético y trabajaba tan duro como una hormiga agricultora en verano, sudaba para plantar olivos cuyo aceite sería prensado por sus

hijos y sus nietos, y dejaba para el invierno o el año siguiente los alimentos que le apetecía comer hoy.

El esfuerzo vinculado a la agricultura tuvo consecuencias trascendentales. Fue el fundamento de sistemas políticos y sociales a gran escala. Lamentablemente, los diligentes campesinos casi nunca consiguieron la seguridad económica futura que tanto ansiaban mediante su duro trabajo en el presente. Por todas partes surgían gobernantes y élites, que vivían a costa de los excedentes de alimentos de los campesinos y que solo les dejaban con una mera subsistencia.

Estos excedentes alimentarios confiscados impulsaron la política, las guerras, el arte y la filosofía. Construyeron palacios, fuertes, monumentos y templos. Hasta la época moderna tardía, más del 90 por ciento de los humanos eran campesinos que se levantaban cada mañana para labrar la tierra con el sudor de su frente. Los excedentes que producían alimentaban a la reducida minoría de élites (reyes, funcionarios gubernamentales, soldados, sacerdotes, artistas y pensadores) que llenan los libros de historia. La historia es algo que ha hecho muy poca gente mientras que todos los demás araban los campos y acarreaban barreños de agua.

Un orden imaginado

Los excedentes de alimentos producidos por los campesinos, junto con una nueva tecnología del transporte, acabaron permitiendo que cada vez más gente se hacinara primero en aldeas grandes, después en pueblos y, finalmente, en ciudades, todas ellas unidas por nuevos reinos y redes comerciales.

Sin embargo, para sacar partido de estas nuevas oportunidades, los excedentes de alimentos y el transporte mejorado no eran suficientes. El simple hecho de que se pueda dar de comer a mil personas en el mismo pueblo o a un millón de personas en el mismo reino no garantiza que puedan ponerse de acuerdo en cómo dividir la tierra y el agua, en cómo zanjar disputas y conflictos, y en cómo actuar en épocas de sequía o de guerra. Y si no se puede llegar a ningún acuerdo, los conflictos se extienden, aunque los almacenes estén repletos. No fue la carestía de los alimentos lo que causó la mayor parte de las guerras y revoluciones de la historia. La Revolución francesa fue encabezada por abogados ricos, no por campesinos hambrientos. La República romana alcanzó su máximo apogeo en el siglo I a.C., cuando flotas cargadas de tesoros procedentes de todo el Mediterráneo enriquecían a los romanos superando los sueños más visionarios de sus antepasados. Y, sin embargo, fue en ese momento de máxima prosperidad cuando el orden político romano se desplomó en una serie de mortíferas guerras civiles. Y ugoslavia tenía en 1991 recursos suficientes para alimentar a todos sus habitantes, y aun así se desintegró en un baño de sangre terrible.

El problema de raíz de dichos desastres es que los humanos evolucionaron durante millones de años en pequeñas bandas de unas pocas decenas de individuos. Los pocos milenios que separan la revolución agrícola de la aparición de ciudades, reinos e imperios no fueron suficientes para permitir la evolución de un instinto de cooperación en masa.

A pesar de la carencia de estos instintos biológicos, durante la era de los cazadores-recolectores, cientos de extraños pudieron cooperar gracias a sus mitos compartidos. Sin embargo, dicha cooperación era laxa y limitada. Cada cuadrilla de sapiens continuó desarrollando su vida de manera independiente y proveyendo la mayor parte de sus necesidades. Un sociólogo arcaico que hubiera vivido hace 20.000 años, que no tuviera conocimiento de los acontecimientos que siguieron a la revolución agrícola, bien pudiera haber llegado a la conclusión de que la mitología tenía muy pocas posibilidades de salir airosa. Los relatos sobre espíritus ancestrales y tótems tribales eran lo bastante fuertes para permitir que 500 personas intercambiaran conchas marinas, celebraran un festival ocasional y unieran fuerzas para exterminar a una banda de neandertales, pero nada más. La mitología, habría pensado el sociólogo de la antigüedad, no podría haber capacitado a millones de extraños para cooperar cada día.

Pero esto resultó ser erróneo. Aconteció que los mitos son más fuertes de lo que nadie podía haber imaginado. Cuando la revolución agrícola abrió oportunidades para la creación de ciudades atestadas e imperios poderosos, la gente inventó relatos acerca de grandes dioses, patrias y sociedades anónimas para proporcionar los vínculos sociales necesarios. Aunque la evolución humana seguía arrastrándose a su paso usual de caracol, la imaginación humana construía asombrosas redes de cooperación en masa, distintas a cualesquiera otras que se hubieran visto en la Tierra.

Hacia el año 8500 a.C., los mayores poblados del mundo eran aldeas como Jericó, en la que vivían unos pocos cientos de individuos. Hacia 7000 a.C., la ciudad de Çatalhöyük, en Anatolia, contaba entre 5.000 y 10.000 habitantes, probablemente el mayor poblado del mundo de la época. Durante el quinto y cuarto milenio a.C., en el Creciente Fértil surgieron ciudades con decenas de miles de habitantes, y cada una de ellas dominaba sobre muchos pueblos de las inmediaciones. En 3100 a.C., todo el valle del Nilo inferior fue unificado en el primer reino egipcio. Sus faraones gobernaban sobre miles de kilómetros cuadrados y cientos de miles de personas.

Hacia el año 2250 a.C., Sargón el Grande forjó el primer imperio, el acadio. Se jactaba de tener un millón de súbditos y un ejército permanente de 5.400 soldados. Entre 1000 a.C. y 500 a.C., aparecieron los primeros megaimperios en Oriente Próximo: el Imperio asirio tardío, el Imperio babilonio y el Imperio persa. Gobernaban a varios millones de súbditos y mandaban a decenas de miles de soldados.

En el año 221 a.C. la dinastía Qin unió China, y poco después Roma unió la cuenca del Mediterráneo. Los impuestos recaudados a 40 millones de súbditos qin pagaban un ejército permanente de cientos de miles de soldados y una compleja burocracia que empleaba a más de 100.000 funcionarios. En su cénit, el Imperio romano recaudaba impuestos de hasta 100 millones de súbditos. Estos ingresos financiaban un ejército permanente de 250.000-500.000 soldados, una red de carreteras que todavía se usaba 1.500 años después y teatros y anfiteatros que desde entonces y hasta hoy han albergado espectáculos.
Sin duda, es impresionante pero no hemos de hacernos falsas ilusiones acerca de las «redes de cooperación en masa» que operaban en el Egipto de los faraones o en el

Imperio romano. «Cooperación» suena muy altruista, si bien no siempre es voluntaria y rara vez es igualitaria. La mayoría de las redes de cooperación humana se han organizado para la opresión y la explotación. Los campesinos pagaban las redes de cooperación iniciales con sus preciosos excedentes de alimentos, y se desesperaban cuando el recaudador de impuestos eliminaba todo un año de arduo trabajo con un simple movimiento de su pluma imperial. Los famosos anfiteatros romanos solían ser construidos por esclavos, para que los romanos ricos y ociosos pudieran contemplar a otros esclavos enzarzarse en terribles combates de gladiadores. Incluso las prisiones y los campos de concentración son redes de cooperación, y pueden funcionar únicamente porque miles de extraños consiguen coordinar de alguna manera sus acciones.

Todas estas redes de cooperación, desde las ciudades de la antigua Mesopotamia hasta los imperios qin y romano, eran «órdenes imaginados». Las normas sociales que los sustentaban no se basaban en instintos fijados ni en relaciones personales, sino en la creencia en mitos compartidos.

¿Cómo pueden los mitos sustentar imperios enteros? Y a se ha comentado uno de tales ejemplos: Peugeot. Examinemos ahora dos de los mitos mejor conocidos de la historia: el Código de Hammurabi, de aproximadamente 1776 a.C., que sirvió como manual de cooperación para cientos de miles de antiguos babilonios; y la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 d.C., que en la actualidad todavía sirve como manual de cooperación para cientos de millones de americanos modernos.

En 1776 a.C., Babilonia era la mayor ciudad del mundo. El Imperio babilonio era probablemente el mayor del mundo, con más de un millón de súbditos. Gobernaba la mayor parte de Mesopotamia, que incluía prácticamente todo el Irak moderno y partes de lo que hoy es Siria e Irán. El rey babilonio más famoso fue Hammurabi. Su fama se debe principalmente al texto que lleva su nombre, el Código de Hammurabi.

Se trata de una colección de leyes y decisiones judiciales cuyo objetivo era presentar a Hammurabi como un modelo de rey justo, servir como base para un sistema legal más uniforme para todo el Imperio babilonio y enseñar a las futuras generaciones qué es la justicia y cómo actúa un rey justo.

Las generaciones futuras tomaron nota. La élite intelectual y burocrática de la antigua Mesopotamia canonizó el texto, y los aprendices de escribas continuaron copiándolo mucho después de que Hammurabi muriera y su imperio se desmoronara. Por lo tanto, el Código de Hammurabi es una buena fuente para comprender el ideal de orden social de los antiguos mesopotámicos.

El texto se inicia diciendo que los dioses Anu, Enlil y Marduk (las principales deidades del panteón mesopotámico) designaron a Hammurabi «para que la justicia prevaleciera en la tierra, para abolir a los inicuos y a los malos, para impedir que los fuertes oprimieran a los débiles».

A continuación cita unas 300 sentencias,
siguiendo la fórmula «Si ocurre tal y cual cosa, esta es la sentencia». Por ejemplo, las sentencias 196-199 y 209-214 rezan lo siguiente:

196. Si un hombre superior deja tuerto a otro hombre superior, lo dejarán tuerto.
197. Si le rompe el hueso a otro hombre superior, que le rompan el hueso.
198. Si deja tuerto a un plebeyo o le rompe un hueso a un plebeyo, pagará 60 siclos de plata.
199. Si deja tuerto al esclavo de un hombre superior o le rompe un hueso al esclavo de un hombre superior, pagará la mitad del valor del esclavo (en plata).
209. Si un hombre superior golpea a una mujer de clase superior y así le provoca que aborte su feto, pagará 10 siclos de plata por su feto.
210. Si esa mujer muere, que maten a la hija del hombre.
211. Si es a la hija de un plebeyo a quien le causa a golpes la pérdida del feto, pagará 5 siclos de plata.
212. Si esa mujer muere, pagará 30 siclos de plata.
213. Si golpea a la esclava de un hombre superior y le provoca así el aborto de su feto, pagará 2 siclos de plata.
214. Si esa esclava muere, pagará 20 siclos de plata.

Después de listar sus sentencias, Hammurabi vuelve a declarar que:

Estas son las justas decisiones que Hammurabi, el hábil rey, ha establecido, y por las que ha dirigido la tierra a lo largo de la ruta de la verdad y del camino correcto de la vida. […] Soy Hammurabi, noble rey. No he sido descuidado ni negligente hacia la humanidad, cuyo cuidado me concedió el dios Enlil, y cuyo pastoreo me encargó el dios Marduk.

El Código de Hammurabi afirma que el orden social babilonio se basa en principios universales y eternos de justicia, dictados por los dioses. El principio de jerarquía es de importancia capital. Según el código, las personas se dividen en dos géneros y tres clases: personas superiores, plebeyos y esclavos. Los miembros de cada género y clase tienen valores diferentes. La vida de una plebeya vale 30 siclos de plata, mientras que el ojo de un plebeyo vale 60 siclos de plata.
El código establece asimismo una jerarquía estricta en el seno de las familias, según el cual los niños no son personas independientes, sino propiedad de sus padres. De ahí que, si un hombre superior mata a la hija de otro hombre superior, la hija del homicida es ejecutada como castigo. A nosotros nos puede parecer extraño que el homicida siga impune mientras que su hija inocente es sacrificada, pero a Hammurabi y a los babilonios esto les parecía perfectamente justo. El Código de Hammurabi se basaba en la premisa de que si todos los súbditos del rey aceptaban su posición en la jerarquía y actuaban en consecuencia, el millón de habitantes del imperio podrían cooperar de manera efectiva. Entonces su sociedad podría producir alimentos suficientes para sus miembros, distribuirlos eficientemente, protegerse contra sus enemigos y expandir su territorio con el fin de adquirir más riquezas y mayor seguridad.

Unos 3.500 años después de la muerte de Hammurabi, los habitantes de trece colonias británicas en Norteamérica sentían que el rey de Inglaterra los trataba injustamente. Sus representantes se reunieron en la ciudad de Filadelfia y, el 4 de julio de 1776, las colonias declararon que sus habitantes ya no eran súbditos de la corona británica. Su Declaración de Independencia proclamó principios universales y eternos de justicia que, como los de Hammurabi, estaban inspirados por un poder divino. Sin embargo, el principio más importante que dictaba el dios americano era algo diferente del principio dictado por los dioses de Babilonia. La Declaración de Independencia de Estados Unidos afirma:

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Al igual que el Código de Hammurabi, el documento fundacional estadounidense promete que si los americanos actúan según sus sagrados principios, millones de ellos podrán cooperar de manera efectiva, y vivir seguros y en paz en una sociedad justa y próspera. Al igual que el Código de Hammurabi, la Declaración de Independencia de Estados Unidos no era solo un documento de su tiempo y su lugar: también fue aceptado por generaciones futuras. Durante más de 200 años, los escolares estadounidenses la han copiado y la han aprendido de memoria.

Ambos textos nos plantean un dilema. Tanto el Código de Hammurabi como la Declaración de Independencia de Estados Unidos afirman compendiar principios universales y eternos de justicia, pero según los americanos todas las personas son iguales, mientras que según los babilonios las personas son claramente desiguales. Desde luego, los americanos dirían que ellos tienen razón, y que Hammurabi está equivocado. Hammurabi, por supuesto, replicaría que él está en lo cierto, y que los americanos están equivocados. En realidad, ambos están equivocados. Tanto Hammurabi como los Padres Fundadores americanos imaginaban una realidad regida por principios de justicia universales e inmutables, tales como la igualdad y la jerarquía. Pero el único lugar en el que tales principios existen es en la fértil imaginación de los sapiens, y en los mitos que inventan y se cuentan unos a otros. Estos principios no tienen validez objetiva.

Para nosotros es fácil aceptar que la división de la gente en «superiores» y «plebeyos» es una invención de la imaginación. Pero la idea de que todos los humanos son iguales también es un mito. ¿En qué sentido todos los humanos son iguales entre sí? ¿Existe alguna realidad objetiva, fuera de la imaginación humana, en la que seamos realmente iguales? ¿Son todos los humanos iguales desde el punto de vista biológico? Intentemos traducir la sentencia más famosa de la Declaración de Independencia de Estados Unidos en términos biológicos:

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Según la ciencia de la biología, las personas no fueron «creadas», sino que han evolucionado. Y, ciertamente, no evolucionaron para ser «iguales». La idea de igualdad se halla inextricablemente entrelazada con la idea de creación. Los americanos obtuvieron la idea de igualdad del cristianismo, que dice que toda persona tiene un alma creada divinamente y que todas las almas son iguales ante Dios. Sin embargo, si no creemos en los mitos cristianos acerca de Dios, la creación y las almas, ¿qué significa que todas las personas son «iguales»? La evolución se basa en la diferencia, no en la igualdad. Cada persona posee un código genético diferente, y desde su nacimiento se halla expuesta a diferentes influencias ambientales. Esto conduce al desarrollo de cualidades diferentes que llevan consigo diferentes probabilidades de supervivencia. Por lo tanto, «creados iguales» debería traducirse por «evolucionados de manera diferente».

Del mismo modo que las personas no fueron creadas, tampoco, según la ciencia de la biología, existe un «Creador» que las «dote» de nada. Solo existe un proceso evolutivo ciego, desprovisto de cualquier propósito, que conduce al nacimiento de los individuos. «Dotados por su Creador» debería traducirse simplemente por «nacidos».

Asimismo, los derechos no existen en biología. Solo hay órganos, capacidades y características. Las aves vuelan no porque tengan el derecho a volar, sino porque poseen alas. Y no es cierto que dichos órganos, capacidades y características sean «inalienables». Muchos de ellos experimentan mutaciones constantes que pueden perderse por completo con el tiempo. El avestruz es un ave que perdió su capacidad de volar. De modo que «derechos inalienables» debe traducirse por «características mutables».

¿Y cuáles son las características que evolucionaron en los humanos? La «vida», ciertamente. Pero ¿la «libertad»? En biología no existe tal cosa. Al igual que la igualdad, los derechos y las sociedades anónimas, la libertad es una invención que solo existe en la imaginación. Desde un punto de vista biológico, no tiene sentido decir que los humanos en las sociedades democráticas son libres, mientras que los humanos en las dictaduras no son libres. ¿Y qué hay de la «felicidad»? Hasta el presente, la investigación biológica no ha conseguido obtener una definición clara de felicidad ni una manera de medirla objetivamente. La mayoría de los estudios biológicos solo reconocen la existencia del placer, que es más fácil de definir y de medir. De modo que habría que traducir «la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad» por «la vida y la búsqueda del placer».

He aquí, pues, sentencia de la Declaración de Independencia de Estados Unidos traducida en términos biológicos:

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres han evolucionado de manera diferente; que han nacido con ciertas características mutables; que entre estas están la vida y la búsqueda del placer.

Los que abogan por la igualdad y los derechos humanos pueden indignarse por esta línea de razonamiento. Es probable que su respuesta sea: «¡Y a sabemos que las personas no son iguales desde el punto de vista biológico! Pero si creemos que todos somos iguales en esencia, esto nos permitirá crear una sociedad estable y próspera».

No tengo ningún argumento que oponer. Esto es precisamente lo que quiero decir con «orden imaginado». Creemos en un orden particular no porque sea objetivamente cierto, sino porque creer en él nos permite cooperar de manera efectiva y forjar una sociedad mejor. Los órdenes imaginados no son conspiraciones malvadas o espejismos inútiles. Más bien, son la única manera en que un gran número de humanos pueden cooperar de forma efectiva. Pero tengamos presente que Hammurabi podría haber defendido su principio de jerarquía utilizando la misma lógica: «Y o sé que los hombres superiores, los plebeyos y los esclavos no son clases de personas intrínsecamente distintas. Pero si creemos que lo son, esto nos permitirá crear una sociedad estable y próspera».

Verdaderos creyentes

Es probable que más de un lector se haya retorcido en su silla al leer los párrafos anteriores. En la actualidad, la mayoría de nosotros hemos sido educados para reaccionar de esta manera. Es fácil aceptar que el Código de Hammurabi era un mito, pero no queremos oír que los derechos humanos sean asimismo un mito. Si la gente se diera cuenta de que los derechos humanos solo existen en la imaginación, ¿no

habría el peligro de que nuestra sociedad se desplomara? Voltaire dijo acerca de Dios que «Dios no existe, pero no se lo digáis a mi criado, no sea que me asesine durante la noche». Hammurabi habría dicho lo mismo acerca de su principio de jerarquía, y Thomas Jefferson acerca de los derechos humanos. Homo sapiens no tiene derechos naturales, de la misma manera que las arañas, las hienas y los chimpancés no tienen derechos naturales. Pero no se lo digamos a nuestros criados, no sea que nos maten por la noche.

Tales temores están bien justificados. Un orden natural es un orden estable. No hay ninguna probabilidad de que la gravedad deje de funcionar mañana, aunque la gente deje de creer en ella. Por el contrario, un orden imaginado se halla siempre en peligro de desmoronarse, porque depende de mitos, y los mitos se desvanecen cuando la gente deja de creer en ellos. Con el fin de salvaguardar un orden imaginado es obligado realizar esfuerzos continuos y tenaces, algunos de los cuales derivan en violencia y coerción. Los ejércitos, las fuerzas policiales, los tribunales y las prisiones trabajan sin cesar, obligando a la gente a actuar de acuerdo con el orden imaginado. Si un antiguo babilonio dejaba ciego a su vecino, por lo general era necesario cierto grado de violencia para hacer cumplir la ley del «ojo por ojo». Cuando, en 1860, una mayoría de ciudadanos norteamericanos llegaron a la conclusión de que los esclavos africanos son seres humanos y por lo tanto debían gozar del derecho a la libertad, hizo falta una sangrienta guerra civil para que los estados sureños lo aceptaran.

Sin embargo, un orden imaginado no puede sostenerse solo mediante la violencia. Requiere asimismo verdaderos creyentes. El príncipe Talleyrand, que inició su carrera camaleónica bajo el reinado de Luis XVI, sirvió posteriormente a los regímenes revolucionario y napoleónico y cambió su lealtad a tiempo de terminar sus días trabajando para la monarquía restaurada. Su célebre frase «Se pueden hacer muchas cosas con las bayonetas, pero es bastante incómodo sentarse sobre ellas» resume décadas de experiencia de gobierno. Un único sacerdote suele hacer el trabajo de cien soldados, y de manera mucho más barata y eficiente. Además, con independencia de lo eficientes que sean las bayonetas, alguien tiene que esgrimirlas.

¿Por qué habrían de mantener soldados, carceleros, jueces y policía un orden imaginado en el que no creen? De todas las actividades colectivas humanas, la más difícil de organizar es la violencia. Decir que un orden social se mantiene mediante la fuerza militar plantea inmediatamente la cuestión: ¿qué mantiene el orden militar? Es imposible organizar un ejército únicamente mediante la coerción. Al menos algunos de los mandos y los soldados han de creer realmente en algo, ya sea Dios, el honor, la patria, la hombría o el dinero.

Una pregunta incluso más interesante se refiere a los que se encuentran en la cima de la pirámide social. ¿Por qué querrían hacer cumplir un orden imaginado si ellos mismos no creen en él? Es relativamente común aducir que la élite puede hacerlo debido a la codicia cínica. Pero es improbable que un cínico que no cree en nada sea codicioso. No hace falta mucho para proporcionar las necesidades biológicas objetivas de Homo sapiens. Una vez se han cubierto dichas necesidades, se puede gastar más dinero en la construcción de pirámides, tomarse unas vacaciones alrededor del mundo, financiar campañas electorales, financiar a nuestra organización terrorista

favorita o invertir en el mercado de valores y conseguir todavía más dinero… todas ellas actividades que un verdadero cínico encontraría absolutamente sin sentido. Diógenes, el filósofo griego que fundó la escuela cínica, vivía en una tinaja. Cuando Alejandro Magno visitó en una ocasión a Diógenes, mientras este se hallaba descansando al sol, y le preguntó si había algo que pudiera hacer por él, el cínico contestó al poderosísimo conquistador: «Sí, hay algo que puedes hacer por mí. Por favor, muévete un poco a un lado. Me tapas la luz del sol».

Esta es la razón por la que los cínicos no construyen imperios y por la que un orden imaginado solo puede mantenerse si hay grandes segmentos de la población (y en particular grandes segmentos de la élite y de las fuerzas de seguridad) que creen realmente en él. El cristianismo no habría durado 2.000 años si la mayoría de los obispos y sacerdotes no hubieran creído en Cristo. La democracia estadounidense no habría durado 250 años si la mayoría de los presidentes y congresistas no hubieran creído en los derechos humanos. El sistema económico moderno no habría durado ni un solo día si la mayoría de los accionistas y banqueros no hubieran creído en el capitalismo.

El derecho como arte: una perspectiva filosófica

El derecho se ha considerado tradicionalmente como una ciencia, un conjunto de reglas y principios que pueden aplicarse de forma lógica y objetiva para resolver disputas y mantener el orden social. Sin embargo, también se puede considerar al derecho como un arte, una forma de expresión creativa que refleja los valores y aspiraciones de la sociedad. En este artículo, exploraré la naturaleza del derecho como arte, examinando sus características, ejemplos y aplicaciones.

El Derecho como arte se define como una aproximación a la práctica legal que reconoce la importancia de la creatividad, la interpretación, la persuasión y la retórica en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas[1]. En lugar de concebir el Derecho como un sistema cerrado y mecánico, esta perspectiva lo entiende como una actividad dinámica que requiere la participación activa de los juristas en la construcción de soluciones justas y equitativas[2]

Es curioso observar cómo el Derecho, a pesar de su aparente rigor y formalidad, se asemeja al arte en su flexibilidad y capacidad de adaptación. Al igual que la música, la pintura o la literatura, el Derecho se enfrenta a situaciones dinámicas y cambiantes que exigen una interpretación flexible y creativa[1]. La interpretación artística es una empresa estética, mientras que la interpretación jurídica es una empresa política, ambas unidas por la necesidad de encontrar sentido y significado en un contexto determinado. Tanto el arte como el Derecho se nutren del contexto histórico y social en el que se desarrollan. Las obras de arte reflejan los valores, las ideas y las preocupaciones de su época, al igual que las normas jurídicas se moldean y transforman en respuesta a las necesidades y demandas de la sociedad[3]. Esta perspectiva histórica nos permite comprender la evolución del Derecho y su papel como reflejo de las transformaciones sociales.

Características del derecho como arte

Hay una serie de características que distinguen al derecho como arte.

En primer lugar, el derecho es una forma de expresión creativa. Los legisladores y los jueces no solo aplican reglas existentes, sino que también las crean. Al hacerlo, participan en un proceso de imaginación e invención, dando forma al derecho de una manera que refleja su visión de una sociedad justa y equitativa. Por ejemplo, la elaboración de la Declaración de Independencia fue un acto de creación legal en el que los fundadores expresaron su visión de una nueva nación basada en los principios de libertad e igualdad.

En segundo lugar, el derecho es una forma de interpretación. El derecho no es un conjunto de reglas estáticas, sino un cuerpo de principios dinámico y evolutivo que debe interpretarse a la luz de las circunstancias cambiantes. Los jueces y los juristas desempeñan un papel fundamental en este proceso, utilizando sus habilidades interpretativas para dar sentido a las normas jurídicas y aplicarlas a casos concretos. Por ejemplo, en el caso histórico de Brown contra la Junta de Educación, el Tribunal Supremo interpretó la Cláusula de Igual Protección de la Constitución para derogar la segregación racial en las escuelas públicas, remodelando así el tejido jurídico y social de Estados Unidos. El caso Brown contra la Junta de Educación fue una demanda colectiva presentada por la Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color (NAACP). El caso fue presentado para impugnar las leyes de Jim Crow, que permitían o ordenaban la segregación racial. La decisión del Tribunal Supremo fue unánime y declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas. La decisión puso fin al principio de "separados pero iguales" establecido en el caso Plessy v. Ferguson de 1896. El caso Brown contra la Junta de Educación fue un hito en el movimiento de derechos civiles de Estados Unidos.

En tercer lugar, el derecho es una forma de persuasión. Los abogados y los juristas utilizan el lenguaje y la retórica para persuadir a los jueces, los jurados y otros responsables de la toma de decisiones para que vean el derecho desde su perspectiva. Construyen argumentos, presentan pruebas y apelan a principios jurídicos para influir en los resultados. Un ejemplo convincente es el alegato de Clarence Darrow en el caso Leopold y Loeb, donde su apasionada defensa contra la pena de muerte demostró el poder de la persuasión legal para influir en la opinión pública y en las decisiones

judiciales. Este alegato consistió en un discurso de más de 12 horas en el que el abogado penalista criticó la pena de muerte. Darrow defendió a Nathan Leopold y Richard Loeb, dos jóvenes acusados de secuestrar y asesinar a un adolescente en 1924. El alegato de Darrow se considera un ejemplo de oposición a la pena de muerte, ya que el abogado consideraba que era inútil para combatir el crimen. Darrow demostró que los acusados tenían perturbaciones mentales y que ejecutarlos sería practicar la misma violencia que ellos. El juicio de Leopold y Loeb se llevó a cabo en el Tribunal Penal del Condado de Cook, en Chicago, entre julio y septiembre de 1924. El caso conmovió a la opinión pública estadounidense y se convirtió en un espectáculo mediático. El resultado del juicio fue que Leopold y Loeb fueron condenados a cadena perpetua más 99 años adicionales

En cuarto lugar, el derecho es una forma de “performance” (actuación). Los juicios, las audiencias y otros procedimientos jurídicos son a menudo eventos teatrales, en los que los abogados presentan sus casos ante un juez y un jurado. Utilizan sus habilidades de actuación para captar la atención del público, construir una narrativa e influir en el resultado del caso. El famoso Juicio del Mono de Scopes es un ejemplo clásico del derecho como actuación, que cautivó a la nación y puso de relieve el choque entre la ciencia y la religión en la sala de audiencias. Este fue un juicio que se llevó a cabo en 1925 en Dayton, Tennessee, en el que se enfrentaron el abogado Clarence Darrow y el político William Jennings Bryan. El juicio se dio en el contexto de la controversia fundamentalista-modernista, que enfrentaba a quienes defendían la interpretación literal de la Biblia con quienes defendían la evolución.

Personajes: 1) Clarence Darrow: Abogado agnóstico y miembro de la ACLU. Se encargó de la defensa de John Scopes. 2) William Jennings Bryan: Abogado y político que se encargó de la acusación de John Scopes. Fue tres veces candidato a la presidencia de los Estados Unidos y exsecretario de Estado.

Hechos:

John Scopes fue acusado de enseñar la teoría de la evolución en su clase de educación física.

El juicio fue transmitido por radio a todo el país.

El jurado declaró a Scopes culpable y lo multó con 100 dólares.

El Tribunal Supremo de Tennessee confirmó la constitucionalidad de la ley, pero absolvió a Scopes por la multa excesiva.

La ley antievolucionista permaneció vigente en Tennessee hasta 1967.

Ejemplos de derecho como arte

Hay muchos ejemplos de derecho como arte en acción.

1. La redacción de un documento jurídico como un acto de creación.

La Constitución, por ejemplo, con su preámbulo y su Declaración de Derechos, es una obra maestra de arte jurídico, que expresa las aspiraciones de una nueva nación y establece el marco de un gobierno democrático.

Lo mismo ocurre con las decisiones judiciales que, en muchos casos, también son consideradas como productos creativos. Caso: Sentencia T-406/92 de la Corte Constitucional Colombiana (Derecho a la vida y mínimo vital)

Contexto: A principios de la década de 1990, Colombia atravesaba una profunda crisis económica y social. Muchas personas habían perdido sus empleos y se encontraban en una situación de extrema pobreza. En este contexto, se presentaron numerosas tutelas (mecanismo de protección de derechos fundamentales en Colombia) ante la Corte Constitucional, alegando la violación del derecho a la vida por parte de diversas entidades estatales que no garantizaban un mínimo vital.

El problema legal: La Constitución colombiana reconoce el derecho a la vida como un derecho fundamental. Sin embargo, la pregunta que se le

planteaba a la Corte era si este derecho implicaba no solo la protección contra la muerte, sino también la garantía de unas condiciones mínimas de subsistencia o un "mínimo vital". En otras palabras, ¿podía el Estado ser considerado responsable de la violación del derecho a la vida si no proveía a sus ciudadanos los recursos básicos para una vida digna?

El fallo creativo de la Corte: En la histórica Sentencia T-406/92, la Corte Constitucional, bajo la magistratura ponente de Ciro Angarita Barón, respondió afirmativamente a esta pregunta, desarrollando la doctrina del "mínimo vital". La Corte realizó una interpretación evolutiva y sistemática de la Constitución, argumentando que el derecho a la vida no podía entenderse de manera reduccionista como la mera ausencia de muerte física.

La Corte argumentó con creatividad, basándose en los principios de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y Estado Social de Derecho (artículo 1), así como en el deber de solidaridad (artículo 95), que el derecho a la vida implicaba inherentemente la garantía de un mínimo vital. Este mínimo vital se definió como las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una existencia digna, que incluyen:

Alimentación adecuada

Vivienda básica

Acceso a servicios públicos esenciales

Acceso a la salud

Educación

¿Por qué es creativo este fallo?

Conexión innovadora de derechos: La Corte conectó de forma novedosa el derecho a la vida con otros derechos sociales y económicos, argumentando que todos ellos son interdependientes e indispensables para garantizar una vida digna.

Desarrollo del concepto de "mínimo vital": La Corte creó un concepto jurídico nuevo, el "mínimo vital", que no estaba explícitamente contemplado en la Constitución, pero que se derivaba lógicamente de sus principios fundamentales.

Interpretación de la Constitución como un todo coherente: La Corte no se limitó a una interpretación literal del artículo 11 sobre el derecho a la vida, sino que lo interpretó en conjunto con otros principios y derechos, como la dignidad humana, el Estado Social de Derecho y la solidaridad.

Activismo judicial en pro de los derechos sociales: La Corte asumió un rol activo en la protección de los derechos sociales, ampliando el alcance de la acción de tutela para abarcar la protección del mínimo vital.

Resultado: La Sentencia T-406/92 se convirtió en un hito en la jurisprudencia constitucional colombiana y latinoamericana. Estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar un mínimo vital a todos sus ciudadanos y que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para proteger este derecho. Esta sentencia ha sido utilizada en numerosos casos posteriores para proteger a personas en situación de vulnerabilidad y ha influido en el desarrollo de políticas públicas en áreas como la salud, la educación y la asistencia social.

Este caso ejemplifica la creatividad de los jueces colombianos al interpretar la Constitución de forma evolutiva y garantista, ampliando el alcance de los derechos fundamentales y adaptando el derecho a las necesidades de una sociedad en constante cambio. La Corte Constitucional, a través de sentencias como la T-406/92, ha demostrado que el derecho puede ser una herramienta poderosa para la transformación social y la protección de los más vulnerables.

2. La argumentación de un caso ante el Tribunal es una forma de interpretación jurídica, en la que los abogados utilizan sus habilidades persuasivas para dar forma al significado del derecho.

La argumentación jurídica en casos históricos como Roe contra Wade, que estableció el derecho constitucional al aborto, demuestra cómo el arte de la interpretación jurídica puede dar forma al curso de la historia.

En Colombia: Caso: La protección del Río Atrato como sujeto de derechos - Sentencia T-622/16 de la Corte Constitucional

Contexto: El Río Atrato, uno de los ríos más caudalosos de Colombia y ubicado en el departamento del Chocó, una región con una alta presencia de comunidades afrodescendientes e indígenas, ha sufrido graves afectaciones ambientales debido a la minería ilegal, la deforestación y otras actividades extractivas. Esta degradación ambiental ha impactado negativamente las condiciones de vida de las comunidades ribereñas, que dependen del río para su subsistencia, su cultura y su identidad.

El problema legal: La legislación ambiental colombiana, aunque reconoce la importancia de la protección del medio ambiente, tradicionalmente ha adoptado un enfoque antropocéntrico, es decir, centrado en el ser humano como principal beneficiario de la protección ambiental. La pregunta que se le planteaba a la Corte era si era posible reconocer al Río Atrato como un sujeto de derechos en sí mismo, independientemente de su utilidad para los seres humanos, y si las comunidades étnicas tenían legitimidad para reclamar su protección.

La estrategia persuasiva de los abogados y la forma de interpretación: El Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", junto con otras organizaciones, representó a las comunidades étnicas del Chocó en una acción de tutela ante la Corte Constitucional. Los abogados utilizaron una combinación de estrategias persuasivas y formas de interpretación jurídica innovadoras, entre las que destacan:

Enfoque biocéntrico y ecocéntrico: Argumentaron que la protección del medio ambiente no debía limitarse a una visión antropocéntrica, sino que debía adoptar un enfoque biocéntrico y ecocéntrico, que reconoce el valor intrínseco de la naturaleza y de los ecosistemas, independientemente de su utilidad para los seres humanos. En este sentido, propusieron que el Río Atrato debía ser reconocido como un sujeto de derechos.

Derecho internacional ambiental y "diálogo inter-jurisdiccional": Invocaron principios del derecho internacional ambiental, como el principio de precaución, el principio de prevención y el concepto de desarrollo sostenible. Además, se apoyaron en sentencias de tribunales de otros países y en informes de organismos internacionales que reconocían la importancia de una protección integral de los ecosistemas. A esto se le conoce como diálogo inter-jurisdiccional, mecanismo que busca nutrir los fallos propios de la jurisprudencia de otras latitudes.

Derechos bioculturales: Desarrollaron el concepto de "derechos bioculturales", argumentando que las comunidades étnicas tienen una relación ancestral y espiritual con el Río Atrato, y que la degradación ambiental del río afecta no solo su derecho a un medio ambiente sano, sino también sus derechos a la cultura, a la identidad, a la salud, a la alimentación y a la autonomía territorial. La defensa presentó a la Corte un amplio acervo probatorio que demostraba la estrecha relación entre las comunidades y el río.

Cosmovisión de las comunidades étnicas: Incorporaron en sus argumentos la cosmovisión de las comunidades afrodescendientes e indígenas del Chocó, que consideran al río como un ser vivo y un elemento central de su identidad cultural. Presentaron testimonios de líderes comunitarios, informes antropológicos y estudios sobre la relación entre las comunidades y el río.

Justicia ambiental y racismo ambiental: Argumentaron que la degradación ambiental del Río Atrato era un caso de injusticia ambiental y racismo ambiental, ya que afectaba de manera desproporcionada a comunidades étnicas históricamente marginadas.

El fallo de la Corte: En la histórica Sentencia T-622/16, la Corte Constitucional falló a favor de las comunidades y reconoció al Río Atrato como un sujeto de derechos. La Corte ordenó la creación de una comisión de guardianes del río, integrada por representantes de las comunidades y del gobierno, para su protección y restauración. Además, ordenó al gobierno la elaboración de un plan de acción para descontaminar el río y erradicar la minería ilegal en la región.

¿Por qué es relevante la persuasión aquí? La Corte fue persuadida por los argumentos de los abogados sobre la necesidad de adoptar un enfoque biocéntrico en la protección del medio ambiente, de reconocer los derechos bioculturales de las comunidades étnicas y de proteger al Río Atrato como un sujeto de derechos en sí mismo. La forma en que se presentó el caso, la evidencia aportada, la invocación de principios internacionales, la incorporación de la cosmovisión de las comunidades y la construcción de una narrativa centrada en la justicia ambiental y los derechos de las comunidades fueron fundamentales para moldear la interpretación de la Corte y lograr un fallo sin precedentes.

Este caso demuestra cómo los abogados, a través de un uso hábil de las herramientas de interpretación jurídica y de estrategias persuasivas, pueden influir significativamente en el significado y alcance del derecho, logrando incluso modificar la jurisprudencia constitucional y generar cambios en la forma en que se concibe la relación entre el ser humano y la naturaleza. El reconocimiento del Río Atrato como sujeto de derechos es un ejemplo de cómo la argumentación jurídica creativa y persuasiva puede contribuir a la protección del medio ambiente y al reconocimiento de los derechos de las comunidades más vulnerables. Este caso ha tenido un impacto significativo no solo en Colombia, sino también a nivel internacional, inspirando a otros movimientos y organizaciones a buscar el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en diferentes partes del mundo.

3. La negociación como forma de resolución de conflictos.

Caso: La negociación colectiva entre Avianca y la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC) en 2017.

Contexto: En septiembre de 2017, la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), el sindicato que representa a una parte importante de los pilotos de Avianca, la aerolínea más grande de Colombia, inició una huelga que duró 51 días. La huelga, una de las más largas en la historia reciente de la aviación comercial en América Latina, generó un gran impacto

económico y social, con miles de vuelos cancelados y cientos de miles de pasajeros afectados.

El problema: El conflicto entre Avianca y ACDAC era complejo e involucraba múltiples puntos de desacuerdo, incluyendo:

Aumentos salariales: Los pilotos exigían un aumento salarial significativo, argumentando que sus salarios estaban por debajo de los estándares internacionales y que no se habían ajustado adecuadamente en años anteriores.

Beneficios laborales: ACDAC también buscaba mejoras en otros beneficios laborales, como la reducción de las horas de trabajo, el aumento de los tiempos de descanso y la mejora de las condiciones de seguridad operacional.

Igualdad salarial: Los pilotos colombianos de Avianca reclamaban que sus salarios debían equipararse a los de los pilotos extranjeros que trabajaban para la misma aerolínea en otros países.

Reconocimiento sindical: Existían tensiones entre el sindicato y la empresa en relación con el reconocimiento de ACDAC como representante legítimo de los pilotos y con la supuesta discriminación antisindical por parte de Avianca.

Las habilidades de negociación como arte: La resolución de este complejo conflicto laboral dependió en gran medida de las habilidades de negociación de las partes y sus abogados. Algunos aspectos clave que ilustran el arte de la negociación en este caso son:

Preparación estratégica: Tanto Avianca como ACDAC se prepararon cuidadosamente para la negociación. Contrataron abogados especializados en derecho laboral y en negociación colectiva, realizaron estudios económicos y financieros para sustentar sus posiciones, y desarrollaron una estrategia de comunicación para influir en la opinión pública.

Manejo de la presión y el tiempo: La huelga generó una enorme presión sobre ambas partes. Avianca enfrentaba pérdidas económicas millonarias y un daño a su reputación, mientras que los pilotos arriesgaban sus empleos y sus ingresos. La gestión del tiempo y la presión fue crucial para el desenlace de la negociación. Los abogados de ambas partes tuvieron que evaluar cuidadosamente cuándo ceder, cuándo resistir y cuándo proponer nuevas alternativas.

Creatividad en la búsqueda de soluciones: Los abogados y negociadores tuvieron que ser creativos para encontrar soluciones que satisficieran, al menos parcialmente, a ambas partes. Se exploraron fórmulas como bonificaciones únicas, aumentos escalonados, mejoras en los beneficios no salariales y la creación de mesas de trabajo para abordar los temas más complejos a futuro.

Mediación y facilitación: La intervención del Ministerio de Trabajo como mediador fue fundamental para acercar las posiciones de las partes. La Ministra de Trabajo de la época, Griselda Restrepo, jugó un rol clave como facilitadora del diálogo y en la búsqueda de puntos de encuentro. La mediación es en sí misma un arte que requiere habilidades de comunicación, empatía y generación de confianza.

Comunicación y manejo de la opinión pública: Ambas partes utilizaron estrategias de comunicación para influir en la opinión pública y presionar a la contraparte. Avianca argumentaba que las demandas de los pilotos eran excesivas y ponían en riesgo la viabilidad financiera de la empresa, mientras que ACDAC defendía la legitimidad de sus reclamos y denunciaba las supuestas prácticas antisindicales de la aerolínea. La batalla por la opinión pública fue un componente importante de la negociación.

Construcción de confianza (o su ausencia): La desconfianza entre las partes fue un obstáculo importante durante la negociación. Los abogados y negociadores tuvieron que trabajar arduamente para construir un mínimo de confianza que permitiera avanzar en el diálogo y alcanzar un acuerdo. La falta de confianza prolongó el conflicto y dificultó la resolución.

Resultado: Después de 51 días de huelga, y tras intensas jornadas de negociación, Avianca y ACDAC lograron llegar a un acuerdo que puso fin al cese de actividades. Si bien no se conocen todos los detalles del acuerdo, se sabe que incluyó un aumento salarial escalonado, mejoras en algunos beneficios laborales y la creación de una mesa de trabajo para seguir discutiendo los temas más espinosos.

¿Por qué es relevante el arte de la negociación aquí? Este caso demuestra que la negociación colectiva, especialmente en situaciones de alta conflictividad, es mucho más que la simple aplicación de normas legales. Es un proceso complejo que requiere habilidades de comunicación, persuasión, creatividad, manejo del tiempo y la presión, y construcción de confianza. Los abogados de Avianca y ACDAC, junto con los negociadores de ambas partes, tuvieron que desplegar todo su arte negociador para lograr un acuerdo que evitara la quiebra de la aerolínea, protegiera los empleos de los trabajadores y permitiera la normalización del servicio aéreo en el país.

La resolución de este conflicto no se debió a la imposición de una solución por parte de un juez o de una autoridad administrativa, sino a la capacidad de las partes y sus abogados para encontrar, a través de la negociación, una salida mutuamente aceptable. Este caso ilustra cómo el derecho, y en particular la negociación, puede ser utilizado como un arte para la resolución de conflictos complejos, incluso en situaciones de alta tensión y polarización.

Conclusión

En conclusión, el derecho no es simplemente una ciencia, sino también un arte. Es una forma de expresión creativa, interpretación, persuasión y rendimiento que refleja los valores y aspiraciones de la sociedad. Al reconocer la naturaleza artística del derecho, podemos obtener una comprensión más profunda de su papel en nuestras vidas y trabajar para crear un sistema jurídico más justo y equitativo.

SESIÓN 6

Importancia de la Lógica en el Derecho

Importance of Logic in Law

Karla Fernández Procel
Investigadora jurídica

Artículo Original (Miscelánea estudiantil)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 261-281, ISSN 2588-0837

RESUMEN: desde la Antigüedad se evidencia un interés por el razonamiento. Con la aparición de la lógica en Grecia, entre los siglos VI y V a.C. y la escuela eleática, cuyo principal representante fue Parménides, se estableció uno de los axiomas de esta ciencia: el principio de identidad. Sin embargo, con pocos avances después de Aristóteles, especialmente durante la Edad Media, y a pesar del interés que muestra la Escolástica por el uso de esta herramienta racional, las innovaciones en la lógica quedaron estancadas por largo tiempo. Es a partir del final del siglo XIX y principios del XX, con el surgimiento de la lógica simbólica, desarrollada por pensadores como Frege, Peano, Russell y Whitehead, que esta disciplina adquiere un nuevo impulso que se despliega hasta la actualidad. La lógica jurídica ha fundamentado e identificado principios básicos que se vinculan de modo necesario con la aplicación del Derecho. En fin, se concluye que la interrelación entre lógica y derecho proporciona a éste una interpretación ajustada de la norma, asegura un buen proceso, y sirve como herramienta en la toma de las decisiones.

PALABRAS CLAVE: lógica jurídica, decisión judicial, razonamiento, límites, derecho.

ABSTRACT: since antiquity there is evidence of an interest for legal reasoning. With the emergence of logic in Greece, between the sixth and fifth centuries BC and the Eleatic school, whose main representative was Parmenides, it was established one of the axioms of this science: the law of identity. However, with few advances after Aristotle, especially during the Middle Ages, and despite the interest that Scholasticism shows in the use of this rational tool, innovations in logic remained stagnant for a long time. It is from the end of the

nineteenth century and the beginning of the twentieth, with the emergence of symbolic logic, developed by thinkers such as Frege, Peano, Russell and Whitehead, that this discipline acquires a new impulse that is deployed to the present. The Legal Logic has based and identified basic principles that are necessarily linked to the application of Law. Finally, it is concluded that the interrelation between Logic and Law provides the latter with an adjusted interpretation of the norm, ensures a good process, and serves as a tool in making decisions.

KEY WORDS: legal logic, judicial decision, reasoning, limits, Law.

INTRODUCCIÓN

La lógica constituye una herramienta para la aplicación y obtención de conocimientos dentro de cada ciencia. En ese sentido es un requisito para el desarrollo de ésta. Y, entre las disciplinas que han precisado de una particular utilización de la lógica cabe incluir al Derecho, como modo para la obtención de razonamientos jurídicos lógicos. La aparición de la lógica jurídica es consecuencia de las exigencias de las propuestas y soluciones en el Derecho. Con el fin de dotar de racionalidad, objetividad y justificación a los sistemas jurídicos, se ha empleado esta herramienta bajo diversas concepciones y contenidos, de modo que resulta oportuno estudiar la conexión que se da entre Lógica y Derecho (Bobbio, 1965).

En este sentido, esta artículo tiene como objetivo principal identificar la importancia del estudio de la lógica en el campo jurídico, siguiendo un proceso de recopilación y análisis bibliográfico que implicará la ponderación del valor de la lógica en manera general; posteriormente se explicará la relación de la lógica con el derecho; para determinar después cuál sea la utilidad de la lógica jurídica como herramienta para el derecho. Finalmente, se concluirá por afirmar la relevancia de la lógica para el derecho en su búsqueda de soluciones a los problemas de la convivencia humana enmarcados en las reglas que la ordenan. Por esto, la aplicación de la lógica es necesaria para un ejercicio ajustado del derecho. Particularmente, se estructurará el trabajo abordando: la definición de la lógica en general; lógica y derecho y, finalmente, la lógica jurídica.

1. DEFINICIÓN DE LÓGICA EN GENERAL

Para entender la relación de la lógica con el derecho, conviene advertir inicialmente la propia importancia de la lógica en general. Por "lógica" en la vida cotidiana se pueden dar varios significados; el sentido común, la orientación de grupos o la misma razón.

Los estudiosos, filósofos fundamentalmente en un principio, la lógica general tiene diferente acepción, pero no ha es fácil proporcionar una definición exacta. La lógica general es conocida como lógica aristotélica, lógica tradicional o lógica de los enunciados. Y es que fue Aristóteles quien le confirió el carácter de instrumento para la investigación y el conocimiento científico, con utilidad para las diversas ciencias (Cossio, 2011).[1]

En este sentido Moro, (2007) recuerda que, el término "lógica" proviene del griego *logos*, que significa palabra o expresión del pensamiento, porque la lógica ayuda a expresar los pensamientos de una manera racional. La Lógica aristotélica es concebida como ciencia y/o arte por diversos filósofos y lógicos. En efecto, el pensador y divulgador español Jaime Balmes indicaba en el siglo XIX que la Lógica es arte en cuanto prescribe las reglas para dirigir el entendimiento al conocimiento de la verdad y es ciencia al justificar o fundamentar dichas reglas. Autores recientes, como Belloch Ibarra y Tejedor Campomanes manifiestan que la lógica, como ciencia, estudia las formas generales del pensamiento (concepto, juicio y raciocinio) y como arte estudia las normas para pensar rectamente (Gramajo, 2010).

Pero, en el campo del conocimiento, existe más de un sentido para la lógica, según dos campos diferentes de estudio: la lógica material y la formal. Ambas forman parte del conocimiento, pero la primera se integra entre las ciencias de la epistemología y la metodología del conocimiento filosófico, mientras que la otra tiene como objeto par-

1 Asimismo, del aporte de otros autores como Delgado (2005) se desprende que fue Aristóteles fue el primero en ver la necesidad de un órgano o instrumento para llevar a cabo con éxito el trabajo científico y el estudio de las operaciones lógicas fundamentales: concebía una especie de "máquina lógica" para articular los razonamientos. La base elemental para construir los razonamientos lógicos es el concepto. El concepto hace posible el juicio, y el raciocinio como unión formal de juicios. Además de estas operaciones, existen otras, de menor trascendencia, como la definición, la división y la clasificación.

ticular el estudio de las formas de razonamiento y de los usos del lenguaje, con relación a su función de comunicación del conocimiento científico (Ordorica Hodgers, 2013, p. 1).

Una vez precisados los objetos de la lógica, es posible definirla con mayor facilidad: es una ciencia de los pensamientos y de las leyes; es también la ciencia de los pensamientos sobre los pensamientos, que hacen referencia a todos los objetos, cuyo objeto de estudio es el pensamiento; es el concepto formal que le da forma y estructura a los pensamientos. Así, en la actividad científica y filosófica en las que el hombre persigue el hallazgo de la verdad, es completamente indispensable la operación de la lógica que supone que el trabajo científico se someta a las leyes y normas de ella (Medina, Machado & Vivanco, 2018).

a. Utilidad de la Lógica

La lógica puede ser aprovechada en varios aspectos de la comunicación, de la toma de decisiones y del conocimiento humano, tanto en las disciplinas científicas, tecnológicas y, primordialmente, en todas las abstractas y de pensamiento (Delgado, 1979). Es decir, se aplica en todo aquello en que tenga importancia la actividad racional o el uso del razonamiento. Es una herramienta de la que no puede prescindir, particularmente, el jurista.

Claro que el razonamiento es una actividad natural del hombre y se lleva a cabo sin contacto con la ciencia, pero en ámbitos profesionales, técnicos, y de trabajo intelectual esa actividad ha de realizarse con un especial rigor. El jurista avezado acaba, así, por desarrollar una alta capacidad de razonar; un uso habitual de la lógica y una preparación fundamentada en el estudio le proporciona mayor eficiencia en la capacidad para razonar, independientemente de la mayor o menor aptitud natural (Gramajo, 2010).

Lo que interesa al lógico es la corrección del proceso de razonamiento, el estudio de los métodos y principios que distinguen el razonamiento correcto del incorrecto. Por este motivo, al encargarse del análisis de los razonamientos en un nivel conceptual, forma parte de las ciencias formales. La logica formal, es la que, según Schmill Ordóñez (1978, p. 56) refiriéndose a Kant, “encierra las reglas del pensar, absolutamente necesarias, sin las cuales no hay uso alguno del enten-

dimiento, y se dirige, pues, a él sin tener en cuenta la diferencia entre los objetos a que pueda referirse."

La lógica, en este sentido, tiene una amplia aplicación y varios beneficios. Si bien es cierto que existen personas con buena capacidad para razonar y argumentar, el estudio de la lógica ayudará a un mayor logro del razonamiento correcto y la identificación de paralogismos y sofismas. En base a esto se determina que la lógica ayuda a la verificación del razonamiento, que se podrá utilizar en la corrección de argumentos propios como en la identificación de errores de argumentos ajenos.

En términos resumidos, Ordorica Hodgers (2013, p. 4). identifica los siguientes beneficios del estudio de la lógica: desarrollo de habilidad para expresar ideas de manera clara y concisa; incremento en la capacidad de definir los términos que utilizan; aumento en la capacidad de elaborar argumentos en forma rigurosa; análisis de los argumentos críticamente y la razón se puede aplicar en todos los aspectos de las relaciones humanas. En base a esto se observa la importancia de la lógica no solo en el derecho sino en la vida diaria de cualquier persona.

b. Relevancia de la Lógica en general

La lógica es una herramienta importante para toda actividad racional, pero también en la vida cotidiana donde, de hecho, se usa de manera inadvertida. Esto permite concluir que para cualquier tema es necesario aplicar el conocimiento, o, si no se lo tiene, usar la lógica para obtener repuestas racionales que estén acompañadas de un conocimiento del tema. Pese a que no existe una precisión sobre lo que es la lógica, desde su aparecimiento ha sido una herramienta muy útil para el raciocinio en todos los ámbitos de la vida, no solo en lo jurídico. Es así como la Lógica brinda mayores beneficios a las personas que lo utilizan, porque mejora su razonamiento y las actividades que conlleven razonamiento.

El razonamiento permite que la vida se haga más llevadera y la disminución de actividades que vayan en contra de principios establecidos o de la ley. La lógica es una herramienta que todos deben utilizar e implementar en todas las ramas de la ciencia para obtener resultados más precisos (Maranhao, 2009, p. 230).

2. LÓGICA Y DERECHO

Una vez determinada la importancia de la lógica en manera general, es necesario establecer la relación que existe entre la lógica que investiga la relación de consecuencia que se da entre una serie de premisas, la conclusión de un argumento correcto (Newman, 2006) y el Derecho.

Kelsen (1965), en su ensayo *Derecho y Lógica*, indica que entre los juristas es común encontrar la opinión de que entre la Lógica y el Derecho existe una relación especialmente estrecha , porque es una cualidad especifica del Derecho la de ser lógico. Eso se observa en la relación mutua de las normas jurídicas que se ajustan o conforman a los principios de la lógica. Como indica la frase de F.W. Maitland, el gran historiador del Derecho inglés, en su *Introducción a los Yearbooks of Edward II*, "los juristas son mediadores entre la vida y la Lógica".

Esto quiere decir que en el Derecho se usan las normas que regulan la vida diaria en base a la lógica de cada juez; esta opinión indica que los principios de la lógica, especialmente el principio de contradicción excluida y la regla de inferencia, son aplicables a las normas jurídicas. Un ejemplo en el que se aplica el principio de la lógica al derecho es cuando existe un conflicto de normas y existe una situación en la cual dos normas son válidas y una prescribe una conducta específica mientras que la otra, una conducta incompatible con la primera.

Esto es considerado una contradicción lógica donde una es válida y la otra, inválida. Así lo confirma la regla *lex posteriori derogat priori,* principio de la lógica jurídica, estableciendo, de este modo, la relación de la lógica con el derecho (Alchourrón, 2000, p. 14).

La relación entre Derecho y Lógica se presenta a lo largo de la historia ya que con el pasar del tiempo siempre aparecen nuevas corrientes que permiten pensar de diferente forma y observar las diferentes tendencias filosóficas adoptadas por las Escuelas del Derecho. El progreso de la lógica y el ambiguo uso de este término es el motivo por el cual la apreciación de su utilidad y aplicación al campo del Derecho es cambiante.

Es necesario, así, observar las tres concepciones principales sobre la relación del Derecho y la Lógica: *ius naturalis moderno,* jurisprudencia de los conceptos y formalismo neokantiano (Schmill Ordóñez, 1978, p. 60).

Sobre el *ius naturalis moderno*, decimos que es semejante al estudio de la geometría y ve al Derecho como un sistema deductivo que a partir de la correcta actuación humana infiere el resto de las normas que rigen la conducta humana. Es decir, el actuar de una persona define claramente el comportamiento que tiene la comunidad en general.

El sistema jurídico se basa en normas inferidas de teoremas que fueron sucedidas por la Escuela Histórica del Derecho y su positivismo jurídico, que abandonó la idea de la legislación universal por la de un sistema legislativo cambiante; es decir que pese a estar normados internacionalmente es necesario que cada país maneje la forma de interpretar la norma lo que hace que en cada país se pueda tener una diferente interpretación sobre un mismo tema o norma. No obstante, la conexión entre lógica y derecho subsistía, no en la producción de normas sino en la aplicación de la ley.

El *ius naturalis* había creído poder reducir la actividad misma del legislador a un complejo de operaciones lógicas, circunscribiendo el nexo entre Derecho y Lógica al momento mismo de la formación del ordenamiento; el positivismo jurídico, que prevaleció en el desarrollo del pensamiento jurídico del siglo XIX, abandonó el momento de la producción –para expresarse con una fórmula sintética, aun cuando un poco burda- a las fuerzas irracionales de la historia y restringió el dominio de la lógica a un campo subordinado pero igualmente bien delimitado, y no obstante vasto e importante: el de la aplicación de la ley al caso concreto (Ordorica Hodgers, 2013, p. 4).

Esta concepción da origen a la teoría del silogismo jurídico que consiste en un razonamiento normativo, cuya premisa mayor está compuesta de una norma general; la premisa menor en los hechos y la conclusión en la norma específica, deducida lógicamente de las premisas. En base a la relación de la lógica y el derecho, a la lógica se le asignó el estudio de la relación y conexión de los conceptos, las normas jurídicas y el estudio de los postulados fundamentales, lo que significa una visión conceptualista y una rigurosidad en el derecho; con la lógica se podrá observar un concepto y establecer si es correcta o no la acepción que se da.

Según Hans Kelsen (1965), cuya conexión de la lógica y el derecho fue remplazada por el problema lógico del derecho, que dio paso de la ciencia del Derecho hacia la filosofía del Derecho, definió la función de la lógica: "Así como la Lógica tiene la tarea de ordenar ideas, busca

distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos, así el Derecho tiene la tarea de ordenar las acciones sociales, permitiendo distinguir las lícitas de las ilícitas (Ordorica Hodgers, 2013, p. 5).

Además, para Ordorica Hodgers (2013, p. 6) los neokantianos, entre ellos Kelsen, mostraron la conexión de la lógica y el derecho de una manera peculiar: "Lógica dentro de la filosofía del derecho, determinando la forma lógica del Derecho y elevándola a la categoría de trascendental o en la teoría general del derecho, como teoría pura, realizando la distinción entre ser y deber ser" (Ordorica Hodgers, 2013, p. 6).

Con las explicaciones de las anteriores corrientes del derecho, se observa las diferentes concepciones del concepto de lógica y su conexión con el derecho, que es cambiante ya que la objetividad, rigurosidad en el análisis, coherencia y racionabilidad de los sistemas jurídico son factores comunes para este cambio.

La lógica, como ciencia, constituye el instrumento formal básico y más importante para el estudio, análisis e interpretación de las normas que constituyen la columna vertebral del derecho actual, como también la lógica implica la única garantía de un debido proceso para lograr una buena y correcta sentencia procesal para crear jurisprudencia. Los lógicos participan en el desarrollo científico del derecho con el objetivo de lograr una justicia verdadera sin exclusión de ningún tipo. Por ello, los lógicos y epistemólogos tratan de desenterrar los supuestos lógicos en el derecho como el lenguaje, la semántica y sintaxis del mundo jurídico, así como los tratados doctrinarios o gnoseología, axiología, ética y ontología jurídica.

La lógica también trata de dilucidar y sistematizar conceptos filosóficos que se emplean en la ciencia del derecho, tales como los hechos jurídicos, principios, axiomas, paradojas, falacias, antinomias jurídicas, procesos, procedibilidad, preclusión, sistema social, causalidad, motivación, azar, hechos fortuitos, irresistibilidad, posibilidad, imposibilidad jurídica, verdad, criterio, opinión, prueba, carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba, reinversión de la carga de la prueba, la analogía jurídica, la casación, el control de legalidad procesal, confirmación, revocación, explicación jurídica, etc.

a. Relevancia de la Lógica en Derecho

Los juristas prácticos (abogados, jueces, fiscales, etc.) razonan y argumentan a partir de las normas. De manera que la lógica puede servir de ayuda para realizar argumentos correctos en este ámbito y evaluar los argumentos de los demás. A esta perspectiva se le conoce como *lógica de los juristas*. Esto es algo muy importante porque permite ver si los argumentos son válidos o no, lo cual tiene gran relevancia al momento de un juicio y tomar una decisión.

La Lógica puede ser aplicada a las normas, cuándo dos normas están en contradicción o cuándo de una norma se infiere otra, etc. Esta perspectiva es la *Lógica deóntica* o *Lógica de las normas*. Si existiera una contradicción en las normas, se resolvería usando la lógica deóntica, porque es aquella lógica no clásica que define la norma y los enunciados normativos, diferenciándolos a su vez de las prescripciones y de los simples imperativos (Lagier, 2011).

La lógica es útil también para detectar algunos defectos del lenguaje normativo (ambigüedades sintácticas, ambigüedad semántica fundamentalmente) y proporciona instrumentos para evitarlos. De manera que puede ser una disciplina de apoyo para la técnica legislativa al detectar esos defectos en el lenguaje que un operador de justicia debe notar para que no afecte su decisión. Se entiende como ambigüedad semántica una palabra que puede tener varios significados como la palabra "derecho", con la que se designa un conjunto de normas, también una facultad o posición subjetiva.

La ambigüedad semántica coincide con la indeterminación no intencional de Kelsen, donde el órgano tiene que aplicar la norma cuando se encuentra con varios significados posibles. En el Derecho es muy frecuente utilizar el lenguaje técnico, pero ese lenguaje siempre va a ir de la mano con un lenguaje ordinario, ya que el lenguaje del Derecho no es del todo completo.

La ambigüedad es producida porque no se sabe con exactitud qué lenguaje es el que se utiliza, el común o el jurídico. Aquí se aplica la lógica para determinar en qué contexto se habla y especificar el significado que se le debe dar a dicho término para facilitar la toma de decisiones (Freund, 2005, p. 15).

Por lo tanto, la lógica proporciona una base para el análisis de los ordenamientos normativos, cuyo objetivo es determinar su carácter sistemático y además evaluar si contienen lagunas, redundancias y contradicciones.

b. Límites de la Lógica en Derecho

La lógica se ocupa exclusivamente del contexto de justificación, desde el punto de vista de la justificación externa desde una perspectiva formal y toma como criterio de corrección el principio de deducibilidad. De esta manera se configura el ámbito de la lógica y, por tanto, también sus límites:

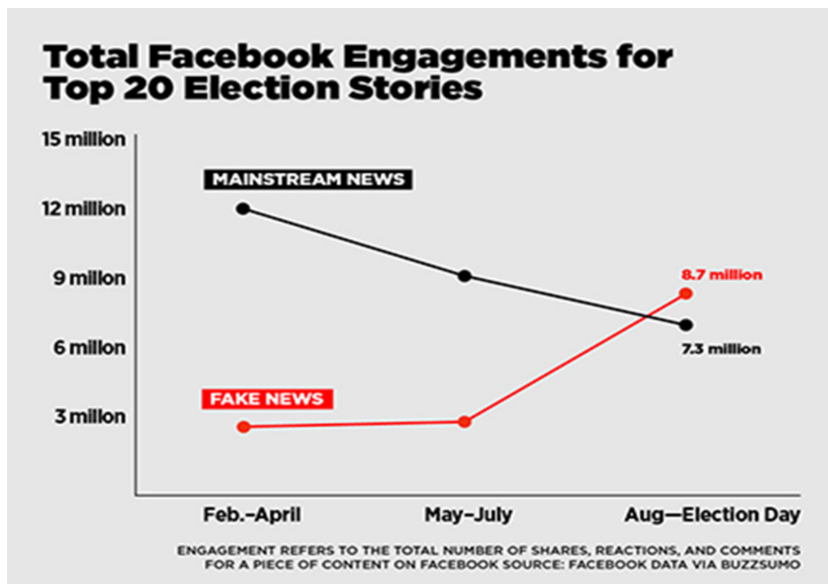
La lógica no dice nada acerca del contexto de descubrimiento o de la explicación de los argumentos y no dice cuándo las premisas de un argumento son correctas. Solo dice en qué condiciones sí son correctas y, por lo tanto, se debe aceptar la conclusión. Pero un argumento con validez debe partir de premisas correctas, es decir si no se posee estas premisas correctas no se llegará a una conclusión verdadera y los jueces tendrán limitaciones para tomar una decisión correcta ya que no se tendrán la certeza que esos argumentos sean válidos.

La lógica se ocupa de aquellos argumentos en los que las premisas garantizan la conclusión, pero no se ocupa de los argumentos no deductivos, en los que las premisas pueden ser buenas razones para aceptar la conclusión. Obviamente, estos argumentos son fundamentales también para el Derecho, es decir si los argumentos no dan una premisa no se podrá obtener una conclusión veraz (Maranhao, 2009, p. 240).

c. Lógica y Decisión Judicial

El jurista se ocupa de concretar el significado de las normas jurídicas con el fin de determinar su alcance para casos concretos. Es el responsable de interpretar las normas y en base a esta tomar decisiones. Se destacan tres aspectos importantes a la hora de dictar una sentencia: en primer lugar, la actividad profesional de los juristas puede tener por objeto informar sobre el alcance de una norma jurídica, como el juez ya resolvió otros casos se consulta la forma en que interpreta dicho juez. En segundo lugar, los juristas pueden estar orientados a aplicar o intervenir en la aplicación de la norma a casos concretos. En

tercer lugar, la labor del juez es aplicar el Derecho a un caso concreto, con una explicación o una fundamentación del porqué toma tal decisión ya que esta no puede ser arbitraria y siempre debe ser apegada a la norma de Derecho. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión, así como la indicación del valor que se le asignó a los medios de prueba. La simple relación de documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán, en ningún caso, a la fundamentación.



dos de manera empírica por los encargados del caso como los fiscales, investigadores, etc., que atienden a ciertos procedimientos que la ley establece. El tercer enunciado sigue lógicamente a los dos anteriores, por lo tanto, para tener una conclusión veraz se deberá determinar si esta se desprende lógicamente de sus premisas.

La lógica, por lo tanto, implica el estudio de la relación de consecuencia y como tal le interesa básicamente la validez de los razonamientos. Para aplicar la lógica en la justificación de las decisiones judiciales hay que tener presente: la idea de argumento, ya que es importante considerar la relación que se da entre premisas y conclusión; tener en cuenta que los argumentos inductivos no siempre proporcionan bases suficientes para una conclusión; y tratar los hechos de manera adecuada.

Las dificultades que subyacen a la hora de tomar decisiones, si éstas se concibieran desde la perspectiva de la teoría de las decisiones racionales, remite al problema de cómo justificar la decisión que se toma. Si consideramos que la labor de juez es juzgar los hechos con base en la ley, y nada más. Este debe utilizar la lógica para que exista una mayor certeza de la decisión ya que es el encargado de resolver un acto concreto a través de la emisión de una decisión jurídica apegada al Derecho, la cual se respetará y ejecutará porque el Estado confiere la competencia al juez para que esto se cumpla.[2]

d. Lógica y Argumentos Jurídicos

Los argumentos jurídicos que realiza el juez pretenderán persuadir a las partes, que estas se den cuenta que por medio de sus argumentos pueden perder ya que los argumentos serán las premisas que pueden llevar a concluir algo que esté a favor o no de una persona. Argumentar es estructurar un pensamiento (García López, 2013). Para esto existen una serie de reglas ya que los argumentos tienen que ser razonables y servir para persuadir al destinatario. Antes se creía que argumentar era el clásico silogismo Aristotélico: premisa mayor, premisa menor y conclusión. Ahora, la sentencia es una suma de argumentos.

Hay "n" respuestas porque el razonamiento jurídico es práctico. Cuando una persona toma una decisión, siempre debe pensar en los otros caminos que posee y no solo ceñirse a uno, ya que como la interpretación en la actualidad es tan amplia esto también lleva a ver que existen múltiples caminos, pero, además de la interpretación o exposición de los argumentos, estos deben ser demostrados por sistemas de pruebas para así dar una mayor fuerza a los argumentos. El razonamiento jurídico es interpretación y valoración de cada persona que dicte una decisión, siempre apegada al Derecho.

Argumentar implica estructurar una secuencia coherente de pensamiento. Actualmente se analiza la premisa mayor y la menor para obtener una conclusión. Será externa cuando para validar (interpretar) se deba justificar la premisa mayor y la premisa menor con prueba (Ayazo, 1998, p. 11).

2 Pero al momento de dictaminar una sentencia, el juez deberá también fundamentar su resolución tanto en la moral y racionalidad, que indirecta o directamente hacen tome una posición acerca del juicio, lo que se reflejará en su decisión.

Las peticiones orales o escritas deben contener una explicación. Se debe considerar que la lógica jurídica juega un papel fundamental, al punto que algunos autores consideran a la lógica como la jurisprudencia generalizada. La argumentación, para desarrollarse, se alimenta de la lógica ya que sigue parámetros que la ayudarán a desprender una sentencia apegada al Derecho. Existen tres clases de lógica: la lógica formal, la dialéctica y la lógica no formal.

La lógica formal trata los argumentos como un encadenamiento de proposiciones, de tal manera que una de ellas (la conclusión), es consecuencia de las restantes (premisa). Para la teoría de la argumentación, en cambio, los argumentos son vistos no solo como una cadena de proposiciones, sino como una acción que se efectúa por medio del lenguaje. Para argumentar se necesita producir razones en favor de lo que se dice, mostrar qué razones son pertinentes y por qué rebatir otras razones justificarían una conclusión distinta. La lógica jurídica está constituida por la Lógica del Derecho, donde las normas deben tener una estructura y ordenamiento. En concordancia con la lógica, los juristas deben actuar en base a reflexión, razonamiento, argumentaciones y prudencia. Por otro lado, la argumentación jurídica abarca más que la lógica jurídica ya que los distintos aspectos del Derecho son estudiados desde varias perspectivas: formal, psicológica, política, filosófica, etc.

Existen varios elementos concordantes como el lenguaje, que es la expresión del juicio y permite una conexión coherente de conceptos. La argumentación jurídica utiliza la deducción, el procedimiento que parte de lo general a lo particular para obtener consecuencias lógicas y la inducción, que parte de lo particular a lo general es decir de los hechos a las conclusiones generales. La lógica es una de las herramientas que se usa mayormente en los argumentos ya que los ayuda en su composición. Estos deben ser la expresión del raciocino, cuyo fin es convencer. Utiliza la teoría en el dialogo o discusión, usa la deducción, inducción, análisis, síntesis, dialéctica y mayéutica (conocer a partir de interrogantes).

Para que la lógica pueda tomar como verdadero un argumento, este se debe componer de definición, división (separa las partes de un todo), sistema (hacer que un conjunto esté ordenado con sus componentes coherentes y solidarios entre sí) deben expresar raciocino y dirigirse a una persona para convencer.

Los juristas para la toma de decisiones toman en cuenta los argumentos y los analizan. Los argumentos son:

Por ejemplo, recurren al uso del *argumento a contrario*: es decir, se pretende inferir una conclusión a partir de una relación condicional entre dos proposiciones. Por otra parte, el *argumento jurídico por analogía*, que los juristas llaman también *argumento a pari o a simili* consiste en la aplicación de una norma prevista para un supuesto determinado a un supuesto distinto coincide con el primero en los aspectos esenciales. También, el *argumento por reducción al absurdo* si parte de una hipótesis y llega a un absurdo (en sentido estricto, a una contradicción lógica), esa hipótesis es falsa, lo que asegura la verdad de su contradicción (Lagier, 2011).

En conclusión, siempre existe relación entre la Lógica y el Derecho. A lo largo de la historia y debido a las diferentes corrientes que existen en el Derecho, la lógica influye en las tendencias filosóficas que estudian al Derecho. Pese a lo cambiante que es la conexión entre Derecho y Lógica, esta permite la interpretación de las normas, asegura un buen proceso, sirve como herramienta en la toma de las decisiones; sin embargo, tiene sus limitaciones que se superarán, en todo caso, con una buena interpretación de la ley por parte de los jueces. Uno de los ámbitos en el que la lógica ayuda al Derecho es cuando el jurista necesita argumentar, a partir de las normas, para llevar a cabo una sentencia, permitiendo que, cuando dos normas se contradigan, se pondere la más relevante: además ayuda a detectar defectos del lenguaje normativo.

Uno de los principales usos que se le da a la lógica es en la toma de decisiones, porque permite observar el alcance de las normas, es decir, interpretar las normas en base a la lógica y orientar la aplicación de estas para resolver un determinado conflicto. Además, ayuda a la toma de decisiones con esquemas formales, lo que significa que de premisas específicas verificadas se concluye una decisión verdadera a partir de la validez del razonamiento. La lógica es muy usada en los argumentos jurídicos ya que permite razonar y verificar su validez para tomar decisiones.

Es de gran ayuda para verificar la validez de los argumentos, su coherencia, si son razonables, claros. Estos ámbitos permiten evidenciar que el Derecho y la Lógica se encuentran en concordancia,

ya que la lógica le sirve como herramienta al Derecho para la toma de decisiones y el dictamen de sentencias.

Todos los jueces y personas relacionadas con esta rama deben aplicar la lógica para que así obtener mejores resultados.

3. LÓGICA JURÍDICA

El Derecho ha venido utilizando la lógica como herramienta desde hace mucho tiempo. El paso de sistemas jurídicos formalistas, rígidos, anclados en supersticiones y mitos a un Derecho que busca la equidad y la solución ponderada a los problemas de convivencia, ha venido facilitado por el desarrollo del razonamiento lógico jurídico. La lógica jurídica es un instrumento para el Derecho y se encarga de examinar, desde el punto de vista formal, las operaciones intelectuales del jurista, así como los productos mentales de esas operaciones: conceptos, definiciones, juicios y raciocinios jurídicos.

Ha habido momentos históricos de especial relevancia para la Historia del Derecho, en que ha tenido protagonismo la forma de confeccionar el razonamiento jurídico, como ocurrió en el esplendor de la Edad Media con el nacimiento del Derecho Común, y en especial con las escuelas jurídicas a partir de los comentaristas. Y, en la época siguiente, en el siglo XVII, el racionalismo jurídico sería el que generaría, con el tiempo, el modo de pensar en el que se formaría la idea codificadora. En el siglo XX ha resurgido la lógica jurídica, con perspectivas diferentes.

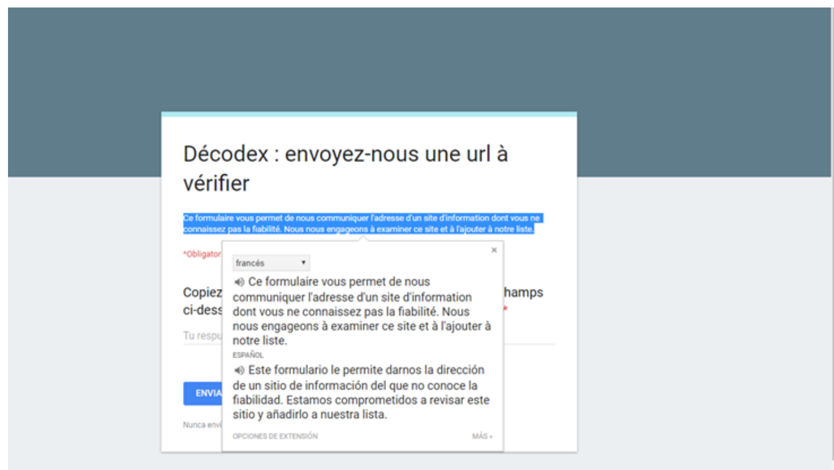
Actualmente, se distinguen dos tipos de lógica: la de los juristas y la Lógica del Derecho. La primera estudia el raciocinio de los juristas, mientras que ésta analiza la estructura de las proposiciones normativas. La lógica jurídica se constituye como una ciencia auxiliar del Derecho, método de investigación aplicable a un área del conocimiento jurídico.

La lógica jurídica es una lógica material, y sus reglas principales se encuentran en la lógica formal. La disciplina lógica jurídica cuenta como método de investigación con la razón; el empleo de un lenguaje simbólico permite el conocimiento jurídico, del que se infieren resultados perfectos y razonamientos exactos para una buena toma de decisiones (Cossio, 2011).

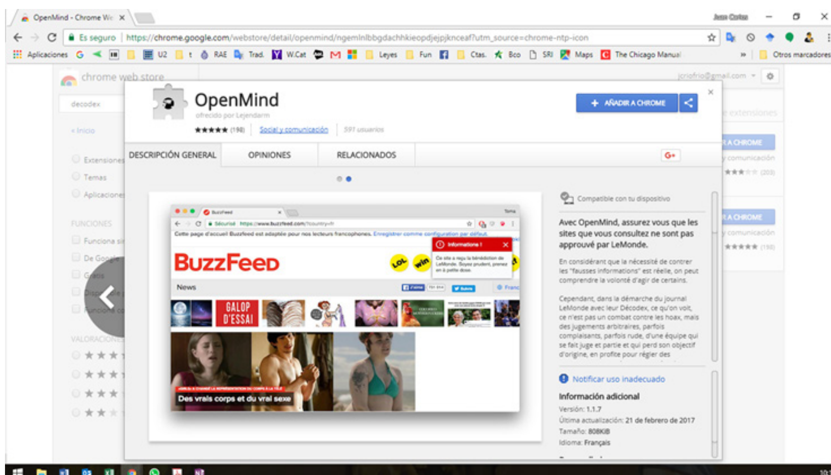
Como explica Gramajo (2010), Klug define la lógica jurídica como la teoría lógico formal de las reglas que se emplean en la aplicación del Derecho. Asimismo, subraya que la lógica jurídica es aplicada intuitivamente por los jueces en los razonamientos de sus sentencias, pero, según considera, en ningún momento llega a ser aplicada de manera reflexiva.



b) *Identidad del imperativo:* todo mandato en que lo mandado es exactamente idéntico a lo que se realiza, es decir se obedece lo establecido.



al mismo tiempo no manda hacer una determinada acción por lo cual no pueden ser obedecidos ni tampoco tienen validez.



b. Objeto de Estudio

Para Toranzo (1972) la lógica jurídica, en síntesis, puede decirse que tiene por objeto de estudio de manera material todas las formas generales de pensamientos jurídicos: conceptos, juicio y razonamiento jurídico, porque estos se integran de juicios y conceptos jurídicos.

c. Lógica Deóntica

Como anteriormente vimos, existe diferencia entre lógica jurídica y lógica deóntica. La lógica jurídica es un área técnica de interés de los abogados y juristas, que consiste en la aplicación de todos los recursos que se utiliza en la lógica general en el campo del Derecho. Los recursos son tanto de la lógica indicativa formal (tradicional y simbólica), como la lógica deóntica y retórica.

En efecto, no todos los elementos de la lógica son aplicables al Derecho. Entre ellos, para la lógica deóntica es de importante simbolizar y usar el material lingüístico relacionado con la función normativa; no sólo usa la función informativa, como la lógica jurídica, sino una función directiva.

Esta rama puede usarse además en la religión, moral y todos los fenómenos que se norman porque utiliza operadores deónticos que son términos deónticos o modalidades de la conducta que caracterizan

al lenguaje normativo, entre los cuales se encuentran: "O" de obligación, "F" de facultamiento, "V" de prohibición y "P" de permiso (Sánchez-Mazas, 1983, p. 280).

d. Lógica Jurídica Material

No hace falta destacar que la lógica no produce la decisión, sino que, concretamente, es la herramienta que permite afirmar que una decisión es razonada, Eso significa que la lógica prevé los criterios que determinan la racionalidad de la decisión. La lógica jurídica material postula rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo y debe optarse por la decisión más racional, lo que implica tres actividades: interpretar, argumentar y motivar. Es decir, para pasar de un derecho general a uno concreto, según lo manifiesta el juez cuando emite una sentencia.

En ese proceso se realiza un análisis lógico jurídico, toda una labor de interpretación, para aplicar la ley y analizar que esa ley se mueva en el sistema jurídico. El sistema jurídico tiene un ordenamiento y debe guardar tres condiciones que son: unidad, coherencia, plenitud y actualidad.

El término de unidad implica que una norma puede ser aplicable con base en la armonía del ordenamiento y en concordancia, según las exigencias formuladas por la teoría kelseniana, con lo dictaminado por la constitución. En caso de que se cumpla con esto, se habla de una validez material; mientras que la validez formal tiene que ver con su vigencia.

La coherencia se da cuando ninguna de sus normas se contradice. Si las normas efectivamente se contradicen, se habla de antinomias, que se solucionan por medio de varios métodos: el jerárquico, cuando la norma superior deroga a la inferior; el cronológico, que determina que la norma más actual tiene prioridad en la aplicación sobre la anterior; y el criterio de especialidad, que prima sobre lo general.

La lógica jurídica, pues, permite un conocimiento jurídico, fundamentado en el ejercicio de la razón. Por eso, se usa en el Derecho como herramienta de primer orden, cuyo objeto de estudio son los pensamientos jurídicos y facilita la toma de decisiones razonadas.

4. CONCLUSIONES

La lógica es una de las herramientas fundamentales para poner en ejercicio el Derecho: ayuda a buscar soluciones coherentes, proporcionadas, adecuadas a los problemas y a los actores.

La relación entre Lógica y Derecho se ha construido a lo largo de toda la Historia y la evolución del pensamiento lógico que ha defendido cada escuela filosófica, ha incidido también en las diferentes corrientes de ver y aplicar el Derecho.

Pese a las innegables diferencias de escuelas y perspectivas, la conexión entre Lógica y Derecho contribuye con procesos complejos como la interpretación de las normas y sirve como herramienta en la toma de las decisiones.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alchourrón, C. (2000). Sobre Derecho y Lógica, *Isonomía,* No 13, pp. 11-33.

Ayazo, J. I. (1998). Lógica y Razonamiento Jurídico, *Pensamiento Jurídico*, No 8, pp. 7-24.

Bobbio, N. (1965). *Derecho y Lógica, Bibliografía de Lógica Jurídica (1936 a 1960).* México D.F.: Instituto de Investigaciones Filosóficas.

Cossio, C. (2011). Lógica jurídica y su denominación. *Revista UNAM*. No 87-88, pp. 447-470. Diponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26780/24137

Delgado, V. M. (1979). Consideraciones sobre la lógica y su historia. *El Basilisco*, No 6, pp. 86-96.

Freund, M. (2005). Enseñanza de la lógica para sentencias judiciales. *Revista de Ciencias Jurídicas,* No 107, pp. 11-32.

García López, M. (2013). Argumentos en la argumentación jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI, No 137, pp. 789-792.

Gramajo, L. F. (2010). *Lógica Jurídica: instrumento indispensable para el juez y abogado litigante*. Guatemala: Serviprensa.

Ordorica Hodgers, O. (2013). *Importancia del Estudio de la lógica en el Derecho*. Disponible en https: s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/53437724/IMPORTANCIA_DEL_ESTUDIO_ DE_LA_LÓGICA_EN_EL_DERECHO.DOC?AWAccess

Kelsen, H. (1965). *Derecho y Lógica*. México D.F.: Editorial Coyoacán.

Lagier, D. (2011). *Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/20530

Maranhao, J. (2009). La Lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho,* No 32, pp. 229-254

Medina, R., Machado, L., Vivanco, G. (2018). *Pensamiento Crítico: Evolución y Desarrollo,* Cienfuegos: Editorial Universo Sur.

Moro, M. (1978). *Pensamiento, lenguaje y acción: Introducción a los problemas de la filosofía*. Quito: Editorial Colegio Salesiano Don Bosco

Schmill Ordóñez, U. S. (1978.). Consideraciones sobre Derecho y Lógica de Hans Kelsen, *Crítica*, No 10, Vol. 30, pp. 55-79.

Sánchez-Mazas, M. (1983). Lógica, sistemas normativos y modelos aritméticos. *Informatica e diritto*, IX, Vol. IX, No 2, pp. 279-325.

Toranzo, M. V. (1972). Reflexión sobre la lógica jurídica de García Maynez. *Revista UNAM*. No 87-88, pp. 733-762. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26798/24155

La lógica en el Derecho: Formalismo, Argumentación y Praxis

El derecho, como sistema de regulación social, aspira a la racionalidad. La lógica, como disciplina que estudia los principios del razonamiento válido, juega un papel fundamental en la construcción, interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, la relación entre lógica y derecho es compleja y ha sido objeto de intenso debate a lo largo de la historia. Este artículo analiza la lógica en el derecho desde tres perspectivas: la lógica formal y el silogismo jurídico, la lógica argumental y la lógica práctica. Cada una de estas perspectivas ofrece una visión particular sobre cómo opera la racionalidad en el ámbito jurídico, con sus propias bases, alcances y limitaciones.

Parte 1: La Lógica Formal y el Silogismo Jurídico

Bases: La lógica formal se ocupa del análisis de la estructura del razonamiento, independientemente de su contenido. En el derecho, la lógica formal ha sido tradicionalmente asociada al **silogismo jurídico**, una forma de razonamiento deductivo que se consideraba el modelo ideal de aplicación del derecho. El silogismo jurídico consta de tres partes:

1. **Premisa mayor:** Una norma jurídica general y abstracta (por ejemplo, "El que matare a otro, incurrirá en prisión de 13 a 25 años").
2. **Premisa menor:** Un caso concreto que se subsume en el supuesto de hecho de la norma (por ejemplo, "Juan mató a Pedro").
3. **Conclusión:** La consecuencia jurídica prevista en la norma, aplicada al caso concreto (por ejemplo, "Juan debe ir a prisión de 13 a 25 años").

Según esta concepción, el juez actúa como un mero "subsumidor", un operador lógico que aplica la ley de forma mecánica y neutral. Esta visión se enmarca en el **positivismo jurídico formalista**, que defiende la separación tajante entre creación y aplicación del derecho, y concibe al juez como la "boca muda que pronuncia las palabras de la ley", según la célebre expresión de Montesquieu.

Alcance: La lógica formal y el silogismo jurídico ofrecen un marco para la aplicación previsible y segura del derecho. Permiten, al menos en teoría, que las decisiones jurídicas sean justificadas de forma objetiva y racional, a partir de la norma jurídica y los hechos probados. Esto contribuye a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley, ya que casos similares deberían ser resueltos de la misma manera.

Limitaciones:

- **La vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico:** Las normas jurídicas a menudo están redactadas en un lenguaje vago y ambiguo, lo que deja un margen de interpretación al juez. No siempre es claro si un caso concreto se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma. Por ejemplo, ¿qué se entiende por "matar"? ¿Incluye la eutanasia? ¿La muerte por negligencia?
- **Lagunas y antinomias:** El ordenamiento jurídico no es un sistema completo y coherente. Existen lagunas (casos no regulados por la ley) y antinomias (contradicciones entre normas). En estos casos, el silogismo jurídico no ofrece una respuesta predeterminada.
- **La complejidad de los hechos:** La determinación de los hechos en un caso concreto no es una tarea mecánica. Los jueces deben valorar las pruebas, que a menudo son contradictorias o incompletas, y construir una versión de los hechos que sea coherente y verosímil.
- **El silogismo no agota la argumentación jurídica:** El silogismo jurídico solo representa la justificación interna de la decisión judicial, es decir, la coherencia entre la conclusión y las premisas. No toma en cuenta la justificación externa, es decir, la fundamentación de las premisas mismas. ¿Por qué se eligió esa norma y no otra? ¿Cómo se interpretó? ¿Cómo se valoraron las pruebas?

Ejemplo:

- **Premisa mayor:** "El que, sin justa causa, causare daño a bien ajeno, estará obligado a indemnizarlo" (norma general sobre responsabilidad civil extracontractual).

- **Premisa menor:** "Andrés, conduciendo a exceso de velocidad, chocó su vehículo contra el de María, causando daños a este último".
- **Conclusión:** "Andrés está obligado a indemnizar a María por los daños causados a su vehículo".

En este ejemplo, la aplicación del silogismo parece sencilla. Sin embargo, en la práctica, pueden surgir controversias sobre la interpretación de "justa causa", la determinación del exceso de velocidad o la valoración de los daños.

Parte 2: La Lógica Argumental del Derecho

Bases: La lógica argumental, también conocida como teoría de la argumentación jurídica, reconoce que el razonamiento jurídico es mucho más complejo que la simple subsunción silogística. Se centra en el estudio de las técnicas y estrategias que se utilizan para justificar las decisiones jurídicas en un contexto de controversia y debate. La lógica argumental se nutre de la retórica, la dialéctica y la lógica informal. Autores como Chaïm Perelman, Stephen Toulmin y Robert Alexy han sido fundamentales en el desarrollo de esta corriente.

Alcance: La lógica argumental ofrece un marco para comprender y evaluar la calidad de la argumentación jurídica. Permite analizar:

- **La estructura de los argumentos:** Identificar las premisas, las conclusiones, las inferencias y los posibles contraargumentos.
- **Los tipos de argumentos utilizados:** Argumentos de autoridad, analógicos, teleológicos, a contrario, entre otros.
- **La fuerza persuasiva de los argumentos:** Evaluar la relevancia, la suficiencia y la coherencia de las razones aducidas.
- **Los criterios de corrección argumentativa:** Establecer estándares para determinar cuándo un argumento es válido o inválido, fuerte o débil.
- **El contexto de la argumentación:** Reconocer que la argumentación jurídica se desarrolla en un contexto específico, con sus propias reglas y convenciones.

La lógica argumental reconoce que la interpretación y aplicación del derecho implica la ponderación de principios, la valoración de pruebas y la construcción de una narrativa coherente y persuasiva. Los jueces y abogados no solo aplican reglas, sino que también **construyen argumentos** para defender una determinada interpretación o decisión.

Limitaciones:

- **No ofrece una respuesta única y definitiva:** La lógica argumental no ofrece un algoritmo para resolver controversias jurídicas. Reconoce que en muchos casos existen argumentos plausibles a favor y en contra de una determinada decisión.
- **Riesgo de relativismo:** Si no se establecen criterios claros de corrección argumentativa, existe el riesgo de caer en el relativismo, donde cualquier argumento, por débil que sea, puede ser considerado válido.
- **Complejidad y sofisticación:** El análisis argumentativo puede ser complejo y requerir un alto grado de sofisticación, lo que puede dificultar su aplicación en la práctica cotidiana.
- **Manipulación retórica:** La argumentación puede ser utilizada no solo para persuadir racionalmente, sino también para manipular o engañar.

Ejemplo:

En el debate sobre la constitucionalidad de la eutanasia, los abogados pueden utilizar diversos argumentos:

- **Argumento de autoridad:** Citar sentencias de tribunales internacionales o la opinión de expertos en bioética que reconocen el derecho a la muerte digna.
- **Argumento teleológico:** Sostener que la finalidad de la norma constitucional que protege la vida es garantizar una vida digna, y que la eutanasia, en ciertos casos, es compatible con esa finalidad.
- **Argumento analógico:** Comparar la eutanasia con otras situaciones en las que se permite la limitación de la vida, como la legítima defensa o el estado de necesidad.

- **Argumento a contrario:** Argumentar que, si la Constitución prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, con mayor razón debe prohibir obligar a una persona a vivir en condiciones de sufrimiento extremo.

La Corte Constitucional, al resolver este caso, deberá valorar la fuerza persuasiva de estos argumentos y construir una decisión debidamente justificada. No se trata de una simple aplicación silogística de la norma, sino de un complejo proceso de argumentación y ponderación.

Parte 3: La Lógica Práctica del Derecho

Bases: La lógica práctica del derecho va más allá de la estructura formal del razonamiento y de la argumentación. Se centra en el derecho como una **práctica social compleja** en la que intervienen múltiples actores, intereses y variables. En esta perspectiva, el razonamiento jurídico no se limita a la aplicación de normas o a la construcción de argumentos, sino que implica una **deliberación práctica** orientada a la toma de decisiones en contextos específicos.

La lógica práctica reconoce que el derecho no solo se ocupa de la validez formal o la consistencia argumentativa, sino también de la **justicia**, la **equidad**, la **eficiencia** y la **conveniencia** de las decisiones jurídicas. Se nutre de la ética, la filosofía política, la sociología jurídica y la teoría de la decisión racional.

Alcance: La lógica práctica del derecho permite:

- **Comprender la complejidad del razonamiento judicial:** Reconocer que los jueces no solo se guían por la ley y los argumentos, sino también por su experiencia, su ideología, sus valores, las presiones sociales y políticas, y las consecuencias previsibles de sus decisiones.
- **Analizar el derecho como una herramienta para la resolución de problemas:** Considerar que el derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para abordar conflictos sociales y promover ciertos valores.

- **Evaluar las decisiones jurídicas en función de sus resultados:** No solo se trata de si la decisión es formalmente correcta o está bien argumentada, sino también de si es justa, equitativa, eficiente y produce consecuencias positivas para la sociedad.
- **Promover la transparencia y la rendición de cuentas:** Exigir que los jueces justifiquen sus decisiones no solo en términos formales, sino también en términos sustantivos, es decir, en función de su impacto en la sociedad.
- **Contextualizar la decisión jurídica:** Entender que los casos jurídicos no se resuelven en abstracto, sino en un contexto social, político y económico determinado, que influye en la decisión judicial.

Limitaciones:

- **Mayor discrecionalidad judicial:** Al reconocer la multiplicidad de factores que influyen en la decisión judicial, se amplía el margen de discrecionalidad del juez, lo que puede generar incertidumbre y arbitrariedad.
- **Dificultad para establecer criterios objetivos:** Es difícil establecer criterios objetivos para evaluar la justicia, la equidad o la eficiencia de una decisión judicial. Estos son conceptos controvertidos y sujetos a diferentes interpretaciones.
- **Riesgo de politización de la justicia:** Si se enfatiza demasiado en las consecuencias políticas o sociales de las decisiones judiciales, se corre el riesgo de politizar la justicia y de socavar la independencia judicial.
- **Complejidad en la toma de decisiones**: Considerar todas las variables relevantes en un caso concreto puede ser abrumador y dificultar la toma de decisiones en un tiempo razonable.

Ejemplo:

Un juez debe decidir si concede la libertad condicional a una persona condenada por tráfico de drogas. No solo debe considerar la ley y los precedentes aplicables (lógica formal), ni la argumentación de las partes (lógica argumental), sino también:

- **Las condiciones de las cárceles:** ¿Es la cárcel un lugar adecuado para la resocialización del condenado?
- **El contexto social del condenado:** ¿Tiene el condenado una red de apoyo familiar y social que le permita reintegrarse a la sociedad?
- **El impacto de la decisión en la comunidad:** ¿La liberación del condenado generará una sensación de impunidad o inseguridad en la comunidad?
- **Las posibilidades de reincidencia:** ¿Existe un riesgo de que el condenado vuelva a delinquir?
- **Los fines de la pena:** ¿Se cumplen los fines de la pena (retribución, prevención, resocialización) en este caso concreto?
- **Su propia concepción de justicia:** ¿Qué considera el juez que es lo más justo en este caso?

La decisión del juez no será simplemente el resultado de un silogismo o de un ejercicio de argumentación, sino de una **deliberación práctica** en la que se ponderan múltiples factores y se evalúan las posibles consecuencias de la decisión.

Conclusión:

La lógica en el derecho es un fenómeno complejo y multifacético. La lógica formal y el silogismo jurídico ofrecen un marco para la aplicación previsible del derecho, pero son insuficientes para comprender la riqueza del razonamiento jurídico. La lógica argumental permite analizar la estructura y la calidad de los argumentos utilizados en el ámbito jurídico, pero no ofrece respuestas únicas a los casos difíciles. La lógica práctica, finalmente, reconoce que el derecho es una práctica social compleja en la que intervienen múltiples factores y en la que las decisiones jurídicas deben ser evaluadas no solo por su validez formal o su consistencia argumentativa, sino también por su justicia, equidad y sus consecuencias sociales.

Las tres perspectivas son complementarias y necesarias para una comprensión integral del papel de la lógica en el derecho. El desafío para los juristas del siglo XXI consiste en articular estas tres dimensiones de la lógica jurídica para construir un sistema jurídico más racional, justo y eficaz.

El Bien y el Mal: Una Perspectiva Religiosa y Humanista

Introducción

La cuestión del bien y el mal ha sido una preocupación central para la humanidad desde tiempos inmemoriales. Filósofos, teólogos y pensadores de diversas culturas han dedicado sus esfuerzos a comprender la naturaleza de estos conceptos, sus orígenes y su impacto en la vida humana. Para elaborar este análisis, se realizó una investigación exhaustiva que incluyó la revisión de textos religiosos, filosóficos y estudios contemporáneos sobre la ética humanista. En este documento, exploraremos dos visiones fundamentales que abordan la dicotomía entre el bien y el mal: la **visión religiosa** y la **visión humanista**. Analizaremos sus principales características, criterios para determinar lo que se considera "bueno" y ejemplos concretos de cómo se aplican estos criterios en la vida cotidiana.

La Visión Religiosa del Bien y el Mal

La visión religiosa del bien y el mal se basa en la creencia en una **entidad divina** que establece un orden moral en el universo. En las religiones monoteístas como el cristianismo, el islam y el judaísmo, Dios es la fuente de toda moralidad y sus mandamientos definen lo que es bueno y lo que es malo[1]. En este contexto, el bien se asocia a la obediencia a la voluntad divina y a la búsqueda de la santidad, mientras que el mal se identifica con la transgresión de las leyes divinas y la desviación del camino recto[2]. Dentro de las diferentes religiones, existen diversas perspectivas sobre la naturaleza del bien y el mal.

Por ejemplo, en el cristianismo, se considera que el mal es una consecuencia del pecado original y de la libre voluntad del ser humano para elegir entre el bien y el mal[3].

En el islam, el mal se atribuye a la influencia de Satanás, a la debilidad humana frente a las tentaciones [4], pero también se cree que Dios permite que el mal exista para un bien mayor[5]. El concepto de "Ordenar el bien y

prohibir el mal" es central en la ética islámica[6]. Este precepto implica que los musulmanes tienen el deber de promover el bien y evitar el mal en la sociedad, lo que refleja la importancia de la responsabilidad social en esta religión. Además, el islam introduce el concepto de "bien secundario", que sugiere que el sufrimiento y el mal pueden dar lugar a un bien mayor, como el desarrollo de virtudes como el coraje y la humildad[7]. En el judaísmo, el mal se entiende como una fuerza que se opone a Dios y que busca desviar al ser humano del camino de la justicia[8].

A pesar de sus diferencias, las visiones religiosas del bien y el mal comparten la idea de que existe un **orden moral objetivo** establecido por Dios, que trasciende la subjetividad humana y que debe ser respetado para alcanzar la salvación o la iluminación espiritual.

La Visión Humanista del Bien y el Mal

A diferencia de la visión religiosa, la visión humanista se centra en el **ser humano** como fuente y criterio de la moralidad. El humanismo se basa en la razón, la experiencia y la empatía[9] para determinar lo que es bueno y lo que es malo, sin recurrir a la intervención divina o a principios trascendentales. En este contexto, el bien se asocia a la promoción del bienestar humano, la justicia social, la libertad individual y el desarrollo personal[10]. El mal, por otro lado, se identifica con todo aquello que causa sufrimiento, injusticia, opresión o limita el potencial humano.

A) Criterios Humanistas para Determinar el Bien

A continuación, analizaremos con más detalle algunos de los criterios que se han esbozado dentro de la visión humanista para determinar lo que se entiende como bueno:

1. La Razón: el imperativo categórico y el utilitarismo en la búsqueda del bien universal

La razón, como facultad distintiva del ser humano, se erige como el primer criterio para discernir el bien. Nos permite analizar, reflexionar y deducir principios que guíen nuestras acciones. Dentro del marco de la razón, dos

corrientes filosóficas destacan por su influencia en la determinación del bien: el imperativo categórico de Kant y el Utilitarismo.

a) El Imperativo Categórico de Kant: Kant propuso el imperativo categórico como un principio moral universal e incondicional. Su formulación principal, "Obra solo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal", nos insta a actuar de acuerdo con principios que desearíamos que fueran aplicados por todos en todas las situaciones. Desde la perspectiva kantiana, el bien se encuentra en la acción realizada por deber, es decir, aquella que se ajusta a la razón y al imperativo categórico, independientemente de sus consecuencias. La razón, en este sentido, nos conduce a un bien universal, basado en principios que trascienden el contexto particular.

b) El Utilitarismo: Maximizando la Felicidad: El Utilitarismo, por otro lado, propone que el bien se identifica con la mayor felicidad para el mayor número de personas. La acción moralmente correcta es aquella que maximiza la utilidad, entendida como el balance entre placer y dolor. Aunque a primera vista pueda parecer opuesto al enfoque deontológico de Kant, el Utilitarismo también emplea la razón para calcular las consecuencias de nuestras acciones y determinar el curso de acción que genere el mayor bienestar general. En este caso, la razón se aplica de manera instrumental, buscando optimizar los resultados.

Si bien el Imperativo Categórico y el Utilitarismo ofrecen perspectivas distintas, ambos recurren a la razón para establecer el bien. Kant aporta la idea de universalidad y deber moral, mientras que el Utilitarismo nos recuerda la importancia de considerar las consecuencias de nuestras acciones para el bienestar general. Un enfoque humanista del bien puede integrar ambos aspectos: la razón nos guía para actuar según principios universalizables (Kant), a la vez que nos impulsa a considerar el impacto de nuestras acciones en la felicidad y el sufrimiento de los demás (Utilitarismo).

2. La Experiencia: aprendizaje y adaptación moral

La experiencia, tanto individual como colectiva, es un criterio fundamental para determinar el bien. A través de la experiencia, observamos las consecuencias de nuestras acciones y las de los demás, aprendemos de los errores y ajustamos nuestro comportamiento. La experiencia nos dota de una sabiduría práctica que complementa el razonamiento abstracto. Las leyes y normas sociales, en gran medida, son el resultado de la experiencia acumulada de una sociedad, reflejando lo que ha funcionado y lo que no para promover la convivencia y el bienestar.

3. La Empatía: conectando con la experiencia del otro

La empatía, la capacidad de comprender y compartir los sentimientos de otra persona, es esencial para determinar el bien. Al ponernos en el lugar del otro, podemos apreciar cómo nuestras acciones les afectan, incluso cuando no hayamos experimentado directamente una situación similar. La empatía nos motiva a actuar con compasión y a evitar causar daño, ya que nos permite experimentar, aunque sea vicariamente, el sufrimiento ajeno. En el ámbito jurídico, la empatía juega un papel crucial en la interpretación de la ley y la administración de justicia, permitiendo que las decisiones sean más humanas y sensibles a las circunstancias individuales.

4. La Dignidad Humana: el valor intrínseco de cada individuo

La dignidad humana, el reconocimiento del valor intrínseco de cada persona, es un pilar fundamental del humanismo y, por ende, un criterio crucial para determinar el bien. Este principio sostiene que todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo, poseen un valor inherente que debe ser respetado y protegido. La dignidad humana nos impulsa a tratar a cada persona como un fin en sí misma, y no como un medio para alcanzar nuestros propios objetivos. Este principio es la base de los derechos humanos y un faro moral que nos guía hacia el bien, recordándonos la importancia de la igualdad, el respeto y la consideración hacia todos los seres humanos.

B) Criterios de Evaluación de la Moral Humanista

Una vez establecidos los criterios para determinar el bien, podemos ahora analizar los criterios de evaluación que nos permiten juzgar la moralidad de las acciones desde una perspectiva humanista.

1. Bienestar Humano: promoviendo la felicidad y reduciendo el sufrimiento

El bienestar humano, entendido como la satisfacción de las necesidades básicas, el desarrollo de capacidades y la ausencia de sufrimiento evitable, es un criterio central para evaluar la moralidad de una acción desde una perspectiva humanista. Una acción moralmente buena es aquella que contribuye al bienestar de los individuos y de la sociedad en su conjunto. Esto incluye no solo la ausencia de daño físico, sino también el bienestar emocional, psicológico y social.

2. Justicia Social: equidad y distribución justa de recursos

La justicia social, que busca la equidad y la distribución justa de los recursos, oportunidades y beneficios dentro de una sociedad, es otro criterio fundamental. Una acción moralmente buena desde una perspectiva humanista es aquella que promueve la igualdad y combate la discriminación y la exclusión. La justicia social implica abordar las desigualdades estructurales que limitan las oportunidades de ciertos grupos, asegurando que todos tengan acceso a una vida digna.

3. Libertad Individual: autonomía y autodeterminación

La libertad individual, la capacidad de actuar de acuerdo con la propia voluntad y sin interferencias indebidas, es un valor esencial del humanismo. Una acción moralmente buena respeta la autonomía y la autodeterminación de los individuos, permitiéndoles tomar sus propias decisiones y vivir de acuerdo con sus propios valores, siempre y cuando no perjudiquen a otros. La libertad individual es crucial para el desarrollo personal y la realización plena del potencial humano.

4. Desarrollo Personal: creciendo en virtud y sabiduría

El desarrollo personal, el crecimiento continuo en virtudes, conocimientos y habilidades, es un criterio importante para evaluar la moralidad desde una perspectiva humanista. Una acción moralmente buena es aquella que fomenta el crecimiento personal, no solo del individuo que la realiza, sino también de aquellos que se ven afectados por ella. Este criterio nos anima a cultivar virtudes como la compasión, la honestidad, la justicia y la sabiduría, que son fundamentales para una vida plena y significativa.

Bases de la Moral Humanista (con fundamento en qué determino si algo es bueno o malo)	Criterios de Evaluación de la Moral Humanista (habiendo determinado si algo es bueno o malo, evalúo a posteriori sus efectos en estos ámbitos)
Razón: La capacidad de razonar y pensar críticamente es fundamental para determinar lo que es bueno y lo que es malo.	**Bienestar humano**: Se busca promover la felicidad, la salud, la seguridad y el bienestar general de todas las personas.
Experiencia: El aprendizaje a través de la experiencia, tanto individual como colectiva, contribuye a la formación de valores morales.	**Justicia social**: Se busca crear una sociedad justa e igualitaria, donde todas las personas tengan las mismas oportunidades y derechos.
Empatía: La capacidad de comprender y compartir los sentimientos de los demás es esencial para una ética humanista.	**Libertad individual:** Se valora la autonomía y la libertad de cada persona para tomar sus propias decisiones y vivir su vida como desee, siempre que no perjudique a otros.
Dignidad humana: Se reconoce el valor inherente de cada ser humano, independientemente de su raza,	**Desarrollo personal**: Se fomenta el crecimiento personal, la autorrealización y el desarrollo del

Bases de la Moral Humanista (con fundamento en qué determino si algo es bueno o malo)	Criterios de Evaluación de la Moral Humanista (habiendo determinado si algo es bueno o malo, evalúo a posteriori sus efectos en estos ámbitos)
género, religión u orientación sexual.	potencial humano en todas sus dimensiones.

La Visión Estatal del Bien y el Mal

El Estado, como agente social y político, juega un papel crucial en la definición del bien y el mal dentro de una sociedad. A través de leyes, instituciones y políticas públicas, el Estado establece un marco normativo que regula la conducta de los ciudadanos y busca promover la justicia, el orden y el bienestar social. En este sentido, la visión estatal del bien y el mal se superpone tanto a la visión religiosa como a la humanista, tomando elementos de ambas para construir un sistema de valores que refleje las necesidades y aspiraciones de la comunidad.

La visión estatal del bien se basa en la idea de justicia. El Estado busca garantizar la igualdad ante la ley, proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y promover la convivencia pacífica. El mal, desde esta perspectiva, se identifica con la violación de las leyes, la discriminación, la corrupción y cualquier acción que atente contra el orden social y el bienestar general.

Sin embargo, la visión estatal del bien y el mal no está exenta de peligros. La subjetividad, el autoritarismo y la arbitrariedad son riesgos inherentes a cualquier sistema de poder.

Subjetividad: La definición del bien y el mal por parte del Estado puede estar influenciada por ideologías, intereses políticos o presiones sociales, lo que puede llevar a la imposición de valores particulares en detrimento de la diversidad moral.

Autoritarismo: Un Estado autoritario puede utilizar su poder para imponer una visión única del bien y el mal, reprimiendo la disidencia y limitando la libertad individual.

Arbitrariedad: La aplicación de las leyes y la administración de justicia pueden ser arbitrarias, favoreciendo a ciertos grupos o individuos en detrimento de otros, lo que genera desigualdad e injusticia.

Dilemas Morales: Un Enfoque Tripartito

Las visiones religiosa, humanista y estatal pueden ofrecer respuestas diferentes a los dilemas morales. A continuación, se presentan algunos ejemplos de cómo se abordarían estos dilemas desde cada perspectiva:

1. El aborto:

Visión religiosa: En muchas religiones, el aborto se considera un pecado grave, ya que se interpreta como la interrupción de una vida humana creada por Dios. Por ejemplo, la Iglesia Católica considera que la vida humana comienza en el momento de la concepción y que el aborto es un acto intrínsecamente malo.

Visión humanista: Desde una perspectiva humanista, la decisión de abortar es un asunto personal que debe ser tomada por la mujer, considerando sus circunstancias individuales y sus derechos reproductivos. Se argumenta que la mujer tiene derecho a la autonomía sobre su propio cuerpo y que la decisión de abortar debe ser tomada en base a sus propias creencias y valores.

Visión estatal: El Estado debe garantizar el derecho de la mujer a la salud reproductiva, incluyendo el acceso al aborto seguro y legal, al tiempo que debe proteger la vida del feto. La legislación sobre el aborto varía entre países, reflejando las diferentes perspectivas morales y religiosas de cada sociedad.

2. La eutanasia:

Visión religiosa: En general, las religiones se oponen a la eutanasia, ya que se considera que la vida es un don sagrado que solo Dios puede quitar. Se argumenta que la eutanasia es una forma de suicidio y que va en contra de la voluntad divina.

Visión humanista: Desde una perspectiva humanista, la eutanasia puede ser una opción válida en casos de enfermedades terminales e incurables, cuando el paciente decide poner fin a su sufrimiento de forma digna y autónoma. Se argumenta que el individuo tiene derecho a decidir sobre su propia muerte y que la eutanasia puede ser una forma compasiva de aliviar el sufrimiento.

Visión estatal: El Estado debe legislar sobre la eutanasia considerando las diferentes perspectivas morales y religiosas de la sociedad, buscando un equilibrio entre el derecho a la autonomía individual y la protección de la vida.

3. La pena de muerte:

Visión religiosa: Las diferentes religiones tienen posturas variadas sobre la pena de muerte. Algunas, como el islam, la aceptan en ciertos casos, como castigo por crímenes graves. Otras, como el catolicismo, se oponen a ella en cualquier circunstancia, argumentando que la vida humana es sagrada y que solo Dios tiene el derecho de quitarla.

Visión humanista: El humanismo se opone a la pena de muerte, argumentando que es una forma cruel e inhumana de castigo que no tiene cabida en una sociedad civilizada. Se argumenta que la pena de muerte es irreversible y que existe el riesgo de ejecutar a personas inocentes.

Visión estatal: El Estado debe decidir sobre la pena de muerte considerando los argumentos a favor y en contra, buscando un equilibrio entre la justicia, la seguridad ciudadana y el respeto a los derechos humanos.

Críticas a las Visiones Religiosa, Humanista y Estatal

Tanto la visión religiosa como la humanista y la estatal han sido objeto de críticas a lo largo de la historia. Algunas de las críticas más comunes a la visión religiosa son:

- **Dogmatismo e intolerancia:** Se critica que las religiones pueden ser dogmáticas e intolerantes con otras creencias y formas de vida[15]. Se argumenta que la rigidez de los dogmas religiosos puede limitar la libertad de pensamiento y la capacidad de adaptación a nuevas realidades.

- **Justificación del mal:** Se argumenta que las religiones pueden justificar el mal en nombre de Dios, como en el caso de las guerras santas o la persecución de herejes[1]. Se critica que la apelación a la autoridad divina puede ser utilizada para legitimar actos de violencia e intolerancia.

- **Falta de evidencia empírica:** Se critica que las creencias religiosas se basan en la fe y no en la evidencia empírica, lo que las hace vulnerables a la crítica racional[2]. Se argumenta que la falta de una base científica para las creencias religiosas las hace menos convincentes para aquellos que buscan una justificación racional para sus valores morales.

Por otro lado, algunas de las críticas a la visión humanista son:

- **Relativismo moral:** Se argumenta que el humanismo puede conducir al relativismo moral, al no reconocer un fundamento objetivo para la moralidad[16]. Se critica que la ausencia de una autoridad moral absoluta puede dificultar la toma de decisiones éticas en situaciones complejas.

- **Exceso de confianza en la razón:** Se critica que el humanismo puede sobreestimar la capacidad de la razón humana para resolver todos los problemas morales[17]. Se argumenta que la razón humana puede ser

limitada y que las emociones y la intuición también juegan un papel importante en la toma de decisiones éticas.

- **Individualismo:** Se argumenta que el humanismo puede promover un individualismo excesivo que descuida la importancia de la comunidad y la tradición[18]. Se critica que el énfasis en la autonomía individual puede llevar a una falta de solidaridad y a la desintegración social.

Finalmente, algunas de las críticas a la visión estatal son:

- **Potencial para el abuso de poder:** Se critica que el Estado puede utilizar su poder para imponer una visión particular del bien y el mal, reprimiendo la disidencia y limitando la libertad individual[19].
- **Falta de legitimidad moral:** Se argumenta que el Estado no tiene la legitimidad moral para definir el bien y el mal, ya que su autoridad se basa en el poder coercitivo y no en principios éticos[20].
- **Ineficiencia e ineficacia:** Se critica que el Estado puede ser ineficiente e ineficaz en la promoción del bien y la prevención del mal, debido a la burocracia, la corrupción y la falta de recursos[21].

Síntesis y Conclusiones

La cuestión del bien y el mal es un tema complejo que ha sido abordado desde diferentes perspectivas a lo largo de la historia. Las visiones religiosa, humanista y estatal ofrecen tres enfoques distintos para comprender la naturaleza de estos conceptos y su impacto en la vida humana. Cada visión tiene sus fortalezas y debilidades, y ha sido objeto de críticas a lo largo del tiempo.

Es importante reconocer que estas tres visiones no son mutuamente excluyentes. En la práctica, la moralidad individual y social se construye a partir de una combinación de elementos religiosos, humanistas y estatales. El desafío consiste en encontrar un equilibrio entre estas diferentes perspectivas, promoviendo la justicia, la libertad y el bienestar general, al tiempo que se respetan los derechos individuales y la diversidad moral.

Fuentes citadas

1. El bien y el mal: qué dice la filosofía sobre ellos - FILOSOFÍA&CO, acceso: enero 14, 2025, https://filco.es/el-bien-y-el-mal/
2. ¿Qué dice la Biblia sobre el bien versus el mal?| GotQuestions.org/Espanol, acceso: enero 14, 2025, https://www.gotquestions.org/Espanol/bien-versus-mal.html
3. ¿Cómo puedo discernir entre el bien y el mal? - Compelling Truth, acceso: enero 14, 2025, https://www.compellingtruth.org/Espanol/discernir-entre-el-bien-y-el-mal.html
4. La concepción del mal en el Islam: Teología y Antropología1 - Ideaz, acceso: enero 14, 2025, http://www.ideaz-institute.com/sp/CUADERNO7/C76.pdf
5. La respuesta del Islam al problema del mal y el sufrimiento - Sapience Institute, acceso: enero 14, 2025, https://sapienceinstitute.org/wp-content/uploads/2020/12/Es-Dios-Misericordioso-La-respuesta-del-Islam-al-problema-del-mal-y-el-sufrimiento.pdf
6. Ordenar el bien y prohibir el mal - Wikipedia, la enciclopedia libre, acceso: enero 14, 2025, https://es.wikipedia.org/wiki/Ordenar_el_bien_y_prohibir_el_mal
7. ¿Es Dios Misericordioso? La Respuesta Islámica al Problema del mal y el Sufrimiento, acceso: enero 14, 2025, https://www.sapienceinstitute.org/es-dios-misericordioso-la-respuesta-islamica-al-problema-del-mal-y-el-sufrimiento/?scfm-mobile=1
8. www.ssoar.info La ética judía y el concepto del mal, acceso: enero 14, 2025, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/60562/ssoar-rmcpys-1992-147-cohen-La_etica_judia_y_el.pdf?sequence=1&isAllowed=y
9. Haciendo psicología desde un enfoque humanista - Blog Psicología al trantrán, acceso: enero 14, 2025, https://www.psicologiaaltrantran.com/blog/enfoque-humanista/
10. La plena actualidad - y necesidad - de la visión humanista, acceso: enero 14, 2025, https://www.pressenza.com/es/2024/04/la-plena-actualidad-y-necesidad-de-la-vision-humanista/
11. El mal y el bien son inmanentes a nuestra condición humana | Topía, acceso: enero 14, 2025, https://www.topia.com.ar/articulos/mal-y-bien-son-inmanentes-nuestra-condici%C3%B3n-humana
12. La Psicología Humanista o Teoría Humanista - ÁBACOenRed, acceso: enero 14, 2025, https://abacoenred.org/wp-content/uploads/2020/12/Humanismo.pdf
13. Psicología humanista: qué es, origen, técnicas y autores - Unobravo, acceso: enero 14, 2025, https://www.unobravo.com/es/blog/psicologia-humanista
14. teorias de la personalidad de Carl Rogers | PPT - SlideShare, acceso: enero 14, 2025, https://es.slideshare.net/slideshow/teorias-de-la-personalidada/41216085
15. Crítica a la religión - Wikipedia, la enciclopedia libre, acceso: enero 14, 2025, https://es.wikipedia.org/wiki/Cr%C3%ADtica_a_la_religi%C3%B3n
16. CRITICA DEL HUMANISMO | Inif-UCR, acceso: enero 14, 2025, https://inif.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2021/11/Skutch.-Alexander-Critica-del-humanismo.pdf

17. La crítica y el Humanismo (o especulando a partir de Edward W. Said) - iletradoperocuerdo, acceso: enero 14, 2025, https://iletradoperocuerdo.com/2012/10/10/la-critica-y-el-humanismo-o-especulando-a-partir-de-edward-w-said/
18. critica del humanismo - AlexanderSkutch.com, acceso: enero 14, 2025, https://www.alexanderskutch.com/uploads/7/0/1/0/70104897/1958_cri%CC%81tica_del_humanismo_pag_253-262.pdf
19. El bien y el mal - Dialnet, acceso: enero 14, 2025, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/803839.pdf
20. Hegel: ¿más allá del bien y del mal? - SciELO Colombia, acceso: enero 14, 2025, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-36282008000100002
21. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONÓMA DE MÉXICO EL BIEN Y EL MAL. DE UNA REVISIÓN HISTÓRICA HACIA UNA NUEVA REFLEXIÓN TESIS - UNAM, acceso: enero 14, 2025, https://ru.dgb.unam.mx/bitstream/20.500.14330/TES01000684701/3/0684701.pdf
22. ¿Qué es el bien y el mal según la filosofía? - Euroinnova, acceso: enero 14, 2025, https://www.euroinnova.com/blog/que-es-el-bien-y-el-mal-segun-la-filosofia

Opinión

La escuela de la próxima generación

¿Qué determina que una acción sea buena o mala?



Esa es una de las preguntas que me he hecho en momentos en que no hay mucho que tenga sentido en la vida. ¿Qué es bueno o malo? ¿Por qué suelen

existir esas divisiones? Y lo más importante, ¿quién demonios decide? Después de tener en cuenta las respuestas no solo de las personas que me rodean, sino también…

Mahnoor Imran, 19 de diciembre de 2017

Esa es una de las preguntas que me he hecho en momentos en que no hay mucho que tenga sentido en la vida. ¿Qué es bueno o malo? ¿Por qué suelen existir esas divisiones? Y lo más importante, ¿quién demonios decide? Después de tener en cuenta las respuestas no solo de las personas que me rodean, sino también de las que están al otro lado del mundo, me encuentro unos pasos más cerca de la verdad.

La filosofía del bien y del mal es una dualidad antagónica que podemos ver más claramente al comprender que el vacío, en el sentido de identificar el bien y el mal como dos principios en conflicto pero no una realidad, y drenar la oposición entre ellos, es parte del proceso de lograr la unidad entre los dos.

La definición de bueno que ofrece el diccionario varía desde “ser deseable o aprobado” hasta “lo que es moralmente correcto; la rectitud” o “el beneficio o ventaja para alguien o algo”. Al final, todo se reduce a una sola cosa. El bien, en este contexto, es todo lo que es moralmente admirable y, por lo tanto, lo opuesto, que es el mal, sería moralmente condenable.

Determinar si algo es bueno o malo es una decisión, un veredicto. Y estas decisiones no solo nos ayudan a tomar decisiones, sino que también nos moldean para convertirnos en el tipo de seres humanos que seremos cuando crezcamos.

Es innegable que existen estándares para lo “bueno” y lo “malo”, pero estos estándares no son fijos. No existe un determinante que facilite su determinación. Estos estándares varían en circunstancias disímiles para distintas personas de diversos orígenes. Si mi profesora me dijera que esta vez obtuve una buena puntuación en mi examen de matemáticas, tal vez solo lo compararía con mi última puntuación, pero un punto de referencia más estable serían las nociones que tiene de mi potencial. Teniendo esto en cuenta, podemos decir que parte de decidir si algo es bueno o malo es la comparación.

Sin embargo, es importante que consideremos otro aspecto: la construcción social. ¿No son el bien y el mal sólo ideas humanas? Y la moral es simplemente una manera de alentar algunas acciones y desalentar otras. Lo que consideramos moral o inmoral está determinado socialmente en función de nuestros valores sociales, en relación con los demás y quizás con lo que han dicho o hecho.

Aunque estas explicaciones son lógicas y tienen mucho sentido, es necesario que examinemos aquellas situaciones en las que estas leyes morales no se cumplen. Por ejemplo, todos sabemos que matar es malo, pero ¿qué pasa si se trata de matar a alguien para salvar a otro? ¿Cómo elegir? Y este puede ser un ejemplo muy poco probable, pero las decisiones igualmente difíciles juegan un papel en nuestras vidas. Decisiones como estas nos dificultan vivir una vida en la que solo hagamos el bien. No podemos evitar lo malo, porque el universo perdería su equilibrio si pudiéramos evitar recurrir a lo malo.

El hecho de que siempre me haya interesado la psicología me lleva a mi concepto más paradójico: la atribución. ¿Has oído hablar de ella? El diccionario la define así: “la acción de considerar que algo es causado por una persona o cosa”.

En cuanto a la diferencia entre actor y observador, hacemos demasiado hincapié en los factores personales. Esto significa que cuando evaluamos una acción como virtuosa o corrupta, juzgamos más a los demás por ser malas personas cuando hacen algo terrible. Sin embargo, ¿somos iguales cuando se trata de nosotros mismos? No. No es posible, ya que es parte de nuestra naturaleza humana mantener nuestra “bondad personal” culpando a la situación o a los demás cuando hacemos algo malo. Pero la mejor parte de mí quiere creer que es así solo porque nos conocemos mejor a nosotros mismos que a los demás, por lo que entendemos por qué nuestro comportamiento difiere.

En definitiva, no existe el bien ni el mal. Existen las acciones, sus consecuencias y la percepción que tiene la sociedad de ellas. Si nuestras acciones son para el beneficio de los demás, entonces son buenas. Sin embargo, si son perjudiciales para alguien, son malas.

ContraPeso.info
En defensa de la libertad y el sentido común

¿Quién define el bien y el mal?

Por **Leonardo Girondella Mora** - 10 septiembre, 2010



El asunto de en quién cae la responsabilidad de decidir qué es lo bueno y qué es lo malo. Una discusión que tiene un origen defectuoso, el iniciar con la pregunta errónea. ¿Quién define el bien y el mal?

Tabla de contenidos

14 minutos

Introducción

Cuando se trata un tema de moral y ética, con opiniones opuestas, es casi seguro que alguien haga la pregunta de quién define el bien y el mal. Es decir qué persona o institución determina que es lo bueno y que es lo malo.

Por ejemplo, en las discusiones acerca de los matrimonios de personas del mismo sexo y del aborto, los defensores de esas posturas suelen argumentar en su defensa preguntando a sus contrarios: «¿Quién es el que define lo que es bueno y lo que es malo, quién decide lo que está bien y lo que está mal?»

La pregunta es extraordinaria porque va al centro del problema moral y ético, el del origen de las nociones del bien y del mal.

> 📍 *Este es el campo de la conciencia personal y la conciencia distorsionada en un ambiente de moral con alternativas múltiples, donde se genera eso que ha sido llamado crisis de valores.*

La pregunta equivocada

En unas palabras u otras, el problema de las normas morales se ha cimentado en la respuesta a una pregunta. «¿Quién es el que define lo que es bueno y lo que es malo, quién decide lo que está bien y lo que está mal?».

Es decir, el origen de esos principios morales se entiende como una persona o varias. Las que tienen el poder de decidir e implantar reglas que definen a lo bueno y a lo malo, y obligan a todos.

No es extraño que eso suceda, pues es la forma acostumbrada y visible de hacer leyes. Una cámara de legisladores que proponen y votan aprobando o rechazando leyes que obligan a todos.

La duda que surge es si de la misma manera se hacen las normas morales que establecen que es lo bueno y qué es lo malo. Pero antes de examinar eso es necesario examinar un efecto de esa pregunta.

> 📌 **¿Quién es el que define lo que es bueno y lo que es malo, quién decide lo que está bien y lo que está mal?**

¿Quién define el bien?

Supóngase una discusión sobre un asunto cualquiera, como el aborto. Y el desacuerdo que genera entre el grupo ***F*** que está a favor y el que está en contra ***C***.

Si la pregunta se plantea como «¿Quién es el que define lo que es bueno y lo que es malo, quién decide lo que está bien y lo que está mal?». Solamente se tienen dos respuestas posibles.

🩸 **El bien lo define el grupo *F***. Es esta posibilidad, lo bueno y lo malo es definido y determinado

por ese grupo, el que decidirá que el aborto es moralmente bueno.

🩸 **El bien lo define el grupo *C***. En este caso, lo bueno y lo malo es acordado y definido por ese grupo, el que determinará que el aborto es moralmente malo.

Y el resultado final es…

Al plantear la pregunta como «¿Quién es el que define lo que es bueno y lo que es malo?», la respuesta se define como uno de imposición moral. Muy similar al de la obligatoriedad legal, lo que tiene tres salidas posibles.

- Se impone la opinión del grupo ***F***
- Se impone la opinión del grupo ***C***
- O prevalece la voluntad de otro grupo más poderoso que ***F*** y ***C*** y que puede dar la razón a cualquiera de ellos, generalmente el gobierno.

> ⚠️ **Al hacer esa pregunta, el asunto de transforma en una cuestión de imposición de un grupo o de otro. Un tema de disputa por el poder de obligar al resto. Un asunto de disputa por el poder moral.**

Con un giro curioso

Si lo que está bien o mal lo define un grupo, lo que el otro grupo percibe esta situación como una imposición que usa poder.

En cambio, si se impone la opinión de un grupo, este argumentará que se deja el libertad a todos. Los del otro grupo actuarán de acuerdo a su conciencia. Por ejemplo, unos no realizarán abortos, pero los otros sí.

La solución es falaz en última instancia, porque en realidad se impone la moral de uno de los grupos. Como si se llegara a aprobar el robo y unos robarían pero no los otros.



«good over evil….» by lensnmatter is licensed under CC BY 2.0.

De nuevo, la pregunta equivocada

Cuando se hace la pregunta «¿Quién es el que define lo que es bueno y lo que es malo, quién decide lo que está bien y lo que está mal?», cualquiera que sea el tema específico, todo se convierte en una discusión de imposición de reglas morales.

Se impondrán unos u otros. Más o menos la idea de F. Nietzsche acerca de la «voluntad del poder» como solución a problemas morales.

> ⚠️ **La interrogación que se plantea es la de quién determina lo que es bueno y lo que es malo y su falla está en el uso de la palabra 'quién'. La que debe usarse es otra palabra, 'qué'. Si se pregunta quién regula lo que es bueno y lo que es malo, todas las respuestas posibles contendrán una alusión a personas —todas sin excepción.**

Se responderá que eso lo decide cada persona según sus valores, o la ONU, o los psiquiatras, o los ministros religiosos, o el Vaticano, o los libros sagrados según las interpretaciones de alguien.

En la pregunta misma está el germen del error en la respuesta. Y, por eso, las discusiones sobre la definición de lo bueno y lo malo se convierten en un desafío, un duelo de poderes.

Y así, por plantear una pregunta con la palabra equivocada, la solución del conflicto entre ambas partes se resuelve efectivamente con la imposición de una de las dos partes. Cualquiera que sea ella, se trata efectivamente de un problema entendido y comprendido como una imposición, como un duelo de poder entre las partes.

Cambiar a 'quién' y usar 'qué'

> 📌 **Llego así al centro de mi tesis. Si cambio la palabra 'quién' por la palabra 'qué', la pregunta sufre una transformación total en su significado. Ahora la pregunta es «¿Qué es lo que determina lo que es bueno y lo que es malo, qué es lo que permite decidir lo que está bien y lo que está mal?»**

El primer efecto del cambio de palabras es evitar entender esto como un duelo de poderes y una imposición de unos sobre otros. Ya no será una persona o grupo de ellas, quienes decidan lo bueno y lo malo para los humanos.

Será un criterio externo, fijo y absoluto, contra el que se evalúen las opiniones y así pueda llegarse a respuestas razonables y lógicas.

Y, además, se eleva la discusión a un nivel más prometedor: el de encontrar algún criterio objetivo ajeno a la voluntad personal y sobre el que se construya la definición de lo bueno y lo malo.

¿Cuál es ese 'qué'?

¿Cuál es ese criterio que es independiente de la voluntad humana que determina lo bueno y lo mal?

Lo primero a investigar es si existe en realidad ese criterio externo y objetivo.

Si no existe, la respuesta de un bien y un mal objetivos, no es posible y la única solución posible es ese duelo de poderes. Toda la vida humana se convertiría en un desafío de voluntades y de ejercicio de poder

No sería un paisaje tranquilizador este, en el que la violencia de todos tipos sería la respuesta universal a toda interrogante.

En cambio, si ese criterio externo y objetivo existiera, el mundo tendría un mejor panorama.

Sigue la interrogante, «¿Qué es lo que determina lo que es bueno y lo que es malo, qué es lo que permite decidir lo que está bien y lo que está mal?»

Es la naturaleza humana

No pienso que exista otra respuesta que la misma naturaleza humana, eso que las personas son esencialmente. La solución establece que lo bueno será lo congruente con esa naturaleza y lo malo, lo incongruente.

Por supuesto, existen discusiones sobre esa naturaleza, pero el intentar realizarlas elevaría la discusión a un nivel en el que la solución ya no está basada en la violencia ni en el ejercicio del poder. Habría un viso de esperanza al encontrar una solución razonada.

Dos historias breves y su lección

Las dos historias fueron tomadas de Rothbard, Murray Newton (1995). *Economic thought before adam smith: an austrian perspective on the history of economic thought.* Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA. E. Elgar Pub.

Primera breve historia

Se trata un diálogo entre el doctor Quesnay, consejero económico de Luis XIV, y el Delfín, heredero de la corona. Hablando de la dificultad de ser rey, el Delfín pregunta al doctor qué haría si él fuera rey. Quesnay responde, «Nada».

La breve respuesta genera otra pregunta, la de que entonces quién gobernaría. Quesnay responde ahora «La ley». Se refería a la ley natural, la basada en la naturaleza humana. Es esa misma idea anterior. No es ¿**quién** define el bien y el mal?, sino ¿**qué** define el bien y el mal?

Segunda breve historia

Otro diálogo, ahora entre Catalina la Grande y de la Rivière, un jurista famoso. Inquiriendo la mujer sobre la base de la ley, el jurista dice la ley debe estar basada en la naturaleza de las cosas y el hombre.

La zarina pregunta otra vez sobre cómo sabe un monarca qué leyes dar a su pueblo. De la Rivière

responde ahora, «Dar o hacer leyes, Madame, es una tarea que Dios ha dejado a nadie, ¿qué es un hombre que puede pensarse capaz de dar leyes a seres a los que no conoce?»

A lo que añadió, «Querer ir más allá de esto será una gran desfortuna y una tarea destructiva». Proponía con sencillez reconocer a la naturaleza humana y las leyes ya existentes en ella.

> ⚠️ **Otra forma de plantear ese giro a la pregunta. No es ¿quién define el bien y el mal?, sino ¿qué define el bien y el mal? Y la respuesta es la naturaleza humana.**

Las lecciones

Tanto el Delfín, heredero de la corona, como la zarina muestran preocupación por su papel. Sienten la responsabilidad de gobernar y, por extensión de hacer cosas buenas. El Delfín quiere saber lo que es gobernar, la zarina quiere saber la base de las leyes.

Y los dos, cada uno de distinta manera, enfrentan una respuesta directa.

Quesnay tiene una contestación lapidaria: el rey debe hacer nada, la que gobierna es la ley natural y nadie más. De la Rivière es más explícito: nadie puede hacer leyes, ellas **se reconocen** en la naturaleza humana y hacer más que eso es negativo.

Son ambos el lado opuesto del bien intencionado gobernante que quiere hacer lo bueno. Y enfrentan una idea extraña en nuestros tiempos: un gobierno solo puede reconocer esa ley humana y aplicarla, nada más allá es aconsejable.

El sustento de de la Rivière y de Quesnay es esa ley que está sustentada en las personas. Sin esa ley, todo se pierde y el gobernante es dejado libre con la gran desfortuna y destrucción que eso significa.

Precisiones

Cuando se habla de deberes y de obligaciones, la pregunta obligada es la del eje central que los guía. Eso que en palabras simple se llama hacer lo debido, lo correcto, lo bueno.

Es claro que existe un acuerdo razonable por el que a (casi) todos resulta aconsejable que las personas hagan lo que es considerado bueno y eso impone la pregunta de qué es lo bueno, como se determina.

No hay una respuesta aceptada por todos —pero entre las respuestas existe una idea común que es digna de resaltar; pero primero, las respuestas de qué es lo bueno.

1. La respuesta **religiosa**: lo bueno, eso que debe hacerse, es vivir de acuerdo con los mandatos de Dios, lo que en el caso del Cristianismo está resumido en los Diez Mandamientos y las Bienaventuranzas.

2. La respuesta del **vigilante**: lo bueno es hacer eso que la persona piensa será admirable y bien visto por un tercero que observa la conducta propia. Una especie de observador de quien se busca aprobación total.

3. La respuesta de las **consecuencias**: lo bueno es hacer eso que produce los mejores efectos en la propia persona y en los demás. Una especie de medición de consecuencias que hace que las buenas consecuencias hagan que la conducta sea vista como buena y viceversa.

4. La respuesta de la **conciencia**: lo bueno es hacer eso que dicte el sentido interno de obligación. Para sentirse en paz interior causada por la congruencia entre conciencia y conducta.

5. La respuesta de la **libertad**: lo bueno es eso que se hace en plena libertad y autonomía, sin que exista presión externa de terceros, lo que hace entender que todo acto libre, el que sea, es bueno.

6. La respuesta del **poder**: lo bueno es eso que realiza el poder, cualquiera que lo tenga y ejerza, eso que hace será bueno.

7. La respuesta del **experto**: lo bueno es lo que decretan los expertos que entre sí hacen declaraciones y elaboran principios morales. Muy notorio en el caso de la ONU.

8. La respuesta del **absoluto**: lo bueno está contenido en una serie de principios derivados de la propia naturaleza humana y ellos son universales y absolutos, por lo que la buena conducta es la apegada a esos principios.

9. La respuesta de los **usos y costumbres**: lo bueno es lo que se considera tradición en cada cultura, sus creencias, normas, costumbres

Entonces

Claramente hay diferencias sustanciales entre esas respuestas, incluso contradicciones. Por ejemplo, un robo puede ser un acto totalmente libre, pero el que lo sea, no lo hace bueno en sí mismo.

Igualmente, pueden existir actos de dudosa bondad que sean dictados por la conciencia personal sin asomo de duda y que sean realizados en busca de la admiración de un observador supuesto —como un ataque terrorista.

Lo sorprendente, sin embargo, es que entre las respuestas existen algunas coincidencias, como la gran correspondencia entre los Diez Mandamientos y los valores derivados de la naturaleza humana. Más aún, estos dos suelen coincidir con muchas costumbres; como el no robar, la prohibición del incesto y otros.

Otra gran coincidencia es la existencia del concepto mismo del bien —y del mal por simple oposición. Hay algo en todas las respuestas que exhibe la idea de que existen deberes en la conducta humana y que separan la idea de la conducta real de la que debe ser.

Esto último apoya la idea de que existe en la naturaleza humana un elemento moral, que suele llamarse conciencia —esa especie de voz que califica en lo interno a cada acto que la persona realiza.

Igualmente, otro común denominador de algunas de esas respuestas parece ser el principio de tratar al resto como uno quiere ser tratado; o al menos el no dañarlos, lo que en el Cristianismo tiene un clímax en el mandamiento del amar al prójimo.

De entre las respuestas que he anotado, hay una especialmente odiosa. La de la definición de lo bueno por parte del poder, la opción mencionada por Nietzsche: la sustitución del bien por la voluntad del poder. Ella anula el elemento central de las respuestas anteriores.

Esas respuestas, en su gran mayoría, parten de un supuesto común: la libertad de la persona para

decidir hacer el bien o el mal. Sin libertad, esas respuestas sobre lo bueno no tienen sentido.

La admiración del observador externo, la tranquilidad de la conciencia que ha obrado bien, la recompensa celestial del Cielo —ninguna de estas cosas tiene significado sin libertad humana.

Conclusión

Se ha planteado el centro de las discusiones morales como uno generalmente planteado como un asunto de imposición de reglas morales usando la fuerza.

Eso es erróneo y su causa es haber hecho la pregunta equivocada, la de «¿**Quién** es el que define lo que es bueno y lo que es malo, **quién** decide lo que está bien y lo que está mal?».

La pregunta correcta es otra, la de «¿**Qué** es lo que determina lo que es bueno y lo que es malo, **qué** es lo que permite decidir lo que está bien y lo que está mal?»

No es ¿quién define el bien y el mal?, sino ¿qué define el bien y el mal?

[Actualización última: 2023-06]

SESIÓN 8

«Pensar globalmente...una ambiciosa y atractiva idea»
The Times

JUSTICIA

¿HACEMOS LO QUE DEBEMOS?

«Uno de los filósofos políticos más interesantes del mundo» *The Guadian*

MICHAEL J. SA

2

El principio de la máxima felicidad. El utilitarismo

En el verano de 1884, cuatro marinos ingleses quedaron a la deriva en medio del mar, a miles de millas de tierra firme, a bordo de un pequeño bote salvavidas. Su barco, el *Mignonette*, se había ido a pique en una tormenta. Se habían puesto a salvo en el bote con solo dos latas de nabos en conserva y sin agua dulce. Thomas Dudley era el capitán, Edwin Stephens su primer oficial y Edmund Brooks un marinero, «todos ellos hombres de excelente carácter», según los periódicos[1].

El cuarto hombre del bote era el grumete Richard Parker, de diecisiete años de edad. Era huérfano, y ese era su primer viaje largo por el mar. Se había enrolado, pese a que sus amigos le aconsejaron que no lo hiciese, «por las esperanzas que alberga la ambición de un joven», creyendo que el viaje haría de él un hombre. Por desgracia, no fue así.

Desde el bote, los cuatro marinos en apuros avizoraban el horizonte con la esperanza de que pasase un barco y los rescatara. Durante los tres primeros días comieron pequeñas raciones de nabos. Al cuarto día cogieron una tortuga. Durante unos cuantos días subsistieron gracias a la tortuga y los nabos que les quedaban. Pero luego, durante ocho días, no comieron nada.

Para entonces, Parker, el grumete, yacía en la proa del bote. Había bebido agua salada, pese a las admoniciones de los otros, y enfermado. Parecía que se estaba muriendo. En el decimonoveno día de tormento, el capitán Dudley sugirió que se echase a suertes quién tenía que morir para que los otros viviesen. Pero Brooks se negó, y no se echó a suertes.

Pasó un día más, y seguía sin haber un barco a la vista. Dudley le pidió a Brooks que mirase a otra parte y a Stephens le indicó por señas que había que matar a Parker. Dudley ofreció una plegaria, le dijo al chico que había llegado su hora y lo mató con una pequeña navaja cortándole la yugular.

Brooks abandonó su objeción de conciencia y participó del siniestro festín. Durante cuatro días, los tres hombres se alimentaron con el cuerpo y la sangre del grumete.

Y en esas les llegó la salvación. Dudley describió el rescate en su diario con un eufemismo que deja de una pieza: «En el vigesimocuarto día, mientras desayunábamos», apareció por fin un barco, que recogió a los tres supervivientes. A su vuelta a Inglaterra fueron arrestados y procesados. Brooks se convirtió en testigo de la acusación pública. Dudley y Stephens fueron juzgados. Confesaron libremente que habían matado a Parker y se lo habían comido. Sostuvieron que lo habían hecho por necesidad.

Suponga que usted hubiese sido el juez. ¿Qué habría sentenciado? Para simplificar las cosas, deje aparte las cuestiones jurídicas y suponga que habría tenido que dictaminar acerca de si matar al grumete era moralmente aceptable.

El mejor argumento de que dispondría la defensa sería el de que, dado lo desesperado de las circunstancias, no quedaba más remedio que matar a uno para salvar a tres. Si no hubiesen matado a uno para comérselo, es probable que hubieran muerto los cuatro. Parker, debilitado y enfermo, era el candidato lógico, puesto que habría muerto pronto de todas formas. Y al contrario que Dudley y Stephens, nadie dependía de él. Su muerte no dejaba a nadie sin sustento, no dejaba a una esposa y unos hijos apenados.

Este argumento está sujeto al menos a dos objeciones. La primera, que cabe preguntarse si los beneficios de matar al grumete, tomados en su conjunto, realmente superan a los costes. Incluso contando el número de vidas salvadas y la felicidad de los supervivientes y sus familias, permitir que se mate a alguien de esa forma podría tener malas consecuencias para la sociedad en su conjunto: debilitar la norma que prohíbe el asesinato, por ejemplo, o aumentar la tendencia de la gente a tomarse la justicia por su mano, o hacer que a los capitanes les resulte más difícil reclutar grumetes.

En segundo lugar, aunque una vez tenidos en cuenta todos los aspectos los beneficios superen a los costes, ¿no nos invade acaso la acuciante sensación de que matar a un grumete indefenso y comérselo está mal por razones que van más allá del cálculo de los costes y beneficios sociales? ¿No está mal utilizar a un ser humano de ese modo, explotar su vulnerabilidad, quitarle la vida sin su consentimiento, aun cuando beneficie a otros?

A quienes lo que hicieron Dudley y Stephens les resulte espantoso les parecerá que la primera objeción es demasiado floja: acepta la premisa

utilitaria de que la moral consiste en ver si los beneficios superan a los costes, y se limita a desear que se eche mejor la cuenta de las consecuencias sociales.

Si matar al grumete merece que se despierte la indignación, la segunda objeción resultará más pertinente: rechaza que lo que debe hacerse consista simplemente en calcular consecuencias, los costes y los beneficios. Apunta a que la moral significa algo más, algo que tiene que ver con la manera en que los seres humanos deben tratarse entre sí.

Estas dos formas de abordar el caso del bote ilustran dos modos contrapuestos de enfocar la justicia. Según el primero, la moralidad de un acto depende solo de sus consecuencias; deberá hacerse aquello que produzca el mejor estado de cosas, una vez considerados todos los factores. Según el segundo, no solo debemos preocuparnos, en lo que se refiere a la moral, por las consecuencias; hay deberes y derechos que debemos respetar por razones independientes de las consecuencias sociales.

Para resolver el caso del bote, así como muchos dilemas menos extremos con los que nos encontramos a menudo, habremos de explorar algunas de las grandes cuestiones de la filosofía moral y política: ¿se reduce la moral a contar vidas y echar el balance de costes y beneficios, o hay deberes morales y derechos humanos tan fundamentales que sobrepujan tales cálculos? Y si hay derechos así de fundamentales —sean naturales, sagrados, inalienables o categóricos—, ¿cómo sabremos cuáles son y qué les hace ser fundamentales?

El utilitarismo de Jeremy Bentham

Jeremy Bentham (1748-1832) no dejaba lugar a dudas acerca de dónde se situaba él en esta cuestión. Se burlaba de la idea de los derechos naturales; los llamaba «un sinsentido con zancos». La filosofía que promovió tendría una gran influencia a lo largo del tiempo. Todavía hoy sigue teniendo mucho poder sobre el pensamiento de economistas, ejecutivos de empresas, gestores públicos y ciudadanos comunes.

Bentham, filósofo moral y reformista legal inglés, fundó la doctrina del utilitarismo. Su idea principal se formula fácilmente y resulta intuitivamente convincente: el principio mayor de la moral consiste en maximizar la felicidad, en maximizar la medida en que, una vez sumado

todo, el placer sobrepuja al dolor. Según Bentham, debe hacerse aquello que maximice la utilidad. Por «utilidad» entendía cualquier cosa que produjese placer o felicidad y cualquiera que evitase el dolor o sufrimiento.

Llegó a ese principio siguiendo este razonamiento: a todos nos gobiernan las sensaciones de dolor y placer; son nuestros «amos soberanos»; nos gobiernan en todo lo que hacemos y determinan además qué debemos hacer; el patrón de lo que está bien y de lo que está mal «se ata a su trono»[2].

A todos nos gusta el placer y nos disgusta el dolor. La filosofía utilitaria reconoce este hecho y lo convierte en la base de la vida moral y política. El de maximizar la utilidad es un principio válido no solo para los individuos, sino también para los legisladores. Cuando decide qué leyes o políticas deben instaurarse, un Estado debería hacer cuanto maximizase la utilidad de la comunidad en su conjunto. ¿Qué es, al fin y al cabo, una comunidad? Según Bentham, «un cuerpo ficticio» compuesto por la suma de los individuos que comprende. Los ciudadanos y los legisladores, pues, deberían preguntarse lo siguiente: si sumamos todos los beneficios de esta política y restamos los costes, ¿producirá más felicidad que la alternativa?

El argumento con que Bentham defendía el principio de que debemos maximizar la utilidad toma la forma de una aseveración osada: no puede haber fundamento alguno para rechazarlo. Todo argumento moral, sostiene, ha de fundarse implícitamente en la idea de maximizar la felicidad. Puede que la gente diga que cree en ciertos deberes o derechos absolutos, categóricos. Pero no tendrá base alguna para defender esos deberes o derechos a no ser que crea que respetarlos maximiza la felicidad humana, al menos a largo plazo.

«Cuando un hombre intenta combatir el principio de utilidad —escribió Bentham— lo hace con razones, sin que sea consciente de ello, que derivan de ese mismo principio». Todas las disputas morales, bien entendidas, son en realidad desacuerdos acerca de cómo se aplica el principio utilitario de la maximización del placer y la minimización del dolor, no acerca del principio en sí. «¿Le es posible a un hombre mover la Tierra? —se pregunta Bentham—. Sí, pero antes ha de encontrar otra Tierra que pisar». Y la única Tierra, la única premisa de la argumentación moral, según Bentham, es el principio de utilidad[3].

Bentham pensaba que su principio de utilidad ofrecía una ciencia de la moral que podría servir de fundamento a la reforma política. Propuso una serie de proyectos encaminados a que la política penal fuese más eficaz y

humana. Uno era el Panóptico, una prisión con una torre central de inspección que permitía al vigilante observar a los reclusos sin que ellos lo viesen a él. Sugirió que del Panóptico se encargase una contrata privada (lo ideal sería que se le encargase al propio Bentham), que dirigiría la prisión a cambio de los beneficios que se extrajesen del trabajo de los reclusos, que cumplirían jornadas de dieciséis horas. Aunque el plan de Bentham fue rechazado, podría decirse que iba por delante de su tiempo. En los últimos años se ha visto un resurgimiento, al menos en Estados Unidos y Gran Bretaña, de la idea de encargar la gestión de las cárceles a empresas privadas.

Redadas de mendigos

Otra de las propuestas de Bentham consistía en un plan para mejorar «la gestión de la mendicidad» mediante la apertura de *workhouses*, o casas de trabajo, que se autofinanciasen. El plan, que perseguía la reducción de la presencia de mendigos en las calles, ofrece un vivo ejemplo de la lógica utilitaria. Bentham empezaba por señalar que toparse con mendigos en las calles reduce la felicidad de los viandantes de dos formas. A los de corazón blando, ver un mendigo les produce dolor por simpatía; a los más duros, les causa el dolor del desagrado. De una forma o de la otra, toparse con mendigos reduce la utilidad que le corresponde al público en general. Bentham propuso por ello que se los retirase de la calle y se los encerrase en las casas de trabajo[4].

A algunos esto les parecerá injusto para los mendigos. Pero Bentham no desprecia la utilidad que les corresponde a los propios mendigos. Reconoce que algunos se sentirían más felices mendigando que en un asilo de pobres. Pero observa que por cada pordiosero feliz y próspero hay muchos miserables. Concluye que la suma de las penalidades sufridas por el público en general es mayor que la infelicidad que puedan sentir los mendigos obligados a permanecer en la casa de trabajo[5].

A algunos podría inquietarles que los gastos de construcción y mantenimiento de esos asilos de pobres recayesen en los contribuyentes, lo que reduciría su felicidad y, por lo tanto, la utilidad que les correspondiese. Pero Bentham propuso una manera de que su plan de gestión de la mendicidad se autofinanciara por completo. Cualquier ciudadano que se encontrase con un mendigo estaría autorizado a prenderlo y llevarlo a la casa de trabajo más cercano. Una vez encerrado

allí, el mendigo tendría que trabajar para pagar su manutención, que se apuntaría en una «cuenta de autoliberación». En la cuenta se incluirían la comida, el vestido, la cama, la atención médica y una póliza de un seguro de vida, por si el mendigo moría antes de que la cuenta estuviese pagada. Para incentivar a los ciudadanos a prender mendigos y entregarlos a la casa de trabajo, Bentham propuso que se les recompensase con veinte chelines por prendimiento, que se sumarían, claro está, a la cuenta pendiente del mendigo[6].

Bentham aplicó también la lógica utilitaria al alojamiento dentro del asilo, con la intención de minimizar las incomodidades que sufriesen los internos por culpa de sus vecinos: «Al lado de cada clase que pueda causar algún inconveniente, instálese una clase que no esté en condiciones de percibir ese inconveniente». Así, por ejemplo, «junto a los lunáticos furiosos o las personas de conversación torrencial se instalará a los sordos y mudos. […] Junto a las prostitutas y mujeres de costumbres licenciosas, se instalará a mujeres entradas en años». En cuanto a «quienes padezcan deformidades que horroricen», proponía que se los alojase con los ciegos[7].

Por cruel que pueda parecer la propuesta de Bentham, su finalidad no era punitiva. Solo se perseguía fomentar el bienestar general resolviendo un problema que disminuía la utilidad social. No se adoptó nunca el plan de gestión de la mendicidad, pero el espíritu utilitario que lo informaba sigue vivo y bien activo hoy en día. Antes de exponer algunos ejemplos actuales de pensamiento utilitario, cabe preguntarse si la filosofía de Bentham es criticable, y si lo es, basándose en qué.

PRIMERA OBJECIÓN: LOS DERECHOS INDIVIDUALES

El punto débil más clamoroso del utilitarismo, sostienen muchos, es su falta de respeto a los derechos individuales. Como solo le preocupa la suma de la satisfacción, puede no tener miramientos con los individuos. Para el utilitarista, los individuos son importantes, pero solo en el sentido de que las preferencias de cada uno deben contar junto con las de todos los demás. Pero esto significa que la lógica utilitaria, si se aplica coherentemente, refrenda maneras de tratar a las personas que violan normas de decencia y respeto que creemos fundamentales, como ilustran los casos siguientes.

Echar cristianos a los leones

En la antigua Roma echaban cristianos a los leones en el Coliseo para divertir a la muchedumbre. Imagine el correspondiente cálculo utilitario: sí, los cristianos sienten un dolor espantoso cuando los leones los muerden y devoran; pero tenga en cuenta el éxtasis colectivo de los vociferantes espectadores que abarrotan el Coliseo. Si hay suficientes romanos que sacan suficiente placer del violento espectáculo, ¿hay alguna razón por la que un utilitarista pueda condenarlo?

Al utilitarista quizá le preocupe que semejantes juegos endurezcan las costumbres y alimenten más violencia en las calles de Roma; o que creen pavor entre quienes alguna vez pudieran ser víctimas a que también se los arroje a los leones. Si estas consecuencias fuesen lo bastante malas, sería concebible que sobrepujasen el placer que proporcionan los juegos y le diesen al utilitarista una razón para prohibirlos. Pero si esos cálculos son la única razón para impedir que se someta a los cristianos a una muerte violenta que sirva de espectáculo, ¿no se pierde algo moralmente importante?

¿Está justificada la tortura en alguna ocasión?

Una cuestión parecida surge en los debates actuales acerca de si la tortura está justificada en los interrogatorios de presuntos terroristas. Piense en una bomba que va a estallar a cierta hora. Imagine que usted es el jefe de la rama local de la CIA. Captura a un presunto terrorista; usted cree que tiene información acerca de un dispositivo nuclear que estallará en Manhattan ese mismo día. Usted sospecha incluso que es él quien ha puesto la bomba. El reloj corre, y se niega a admitir que es un terrorista o a decir dónde está la bomba. ¿Estaría bien torturarlo hasta que diga dónde está la bomba y cómo se la desactiva?

El argumento a favor de que se le torture parte de un cálculo utilitario. La tortura causa dolor en el sospechoso, lo que reduce mucho su felicidad o la utilidad de que disfruta. Pero miles de vidas inocentes se perderán si estalla la bomba. Por lo tanto, con un fundamento utilitario, podría argumentarse que está moralmente justificado infligir un dolor intenso a una persona si con ello se evitan muertes y sufrimientos de una magnitud gigantesca. El argumento del exvicepresidente Richard Cheney de que las severas técnicas de interrogatorio a que se sometió a presuntos terroristas

de al-Qaeda sirvieron para que no hubiese otro ataque terrorista en Estados Unidos se basa en esa lógica utilitaria.

No quiere decir que los utilitaristas hayan de ser necesariamente partidarios de la tortura. Algunos utilitaristas se oponen a la tortura por razones prácticas. Sostienen que rara vez funciona, pues la información sonsacada coactivamente no suele ser de fiar. Por lo tanto, se causa dolor, pero la comunidad no está más segura por ello: no aumenta la utilidad colectiva de que disfruta. O les inquieta que, si el país practica la tortura, se trate peor a sus soldados cuando caigan prisioneros. Esta consecuencia podría reducir la utilidad total asociada a nuestro uso de la tortura, una vez tenidas en cuenta todas las circunstancias.

Estas consideraciones prácticas pueden estar o no estar en lo cierto, pero como razones para oponerse a la tortura son del todo compatibles con el pensamiento utilitario. No aseveran que torturar a un ser humano esté intrínsecamente mal, sino solo que practicar la tortura tendrá consecuencias indeseadas que, en conjunto, harán más mal que bien.

Algunos rechazan la tortura por principio. Creen que viola los derechos humanos y no respeta la dignidad intrínseca de los seres humanos. Su argumento en contra de la tortura no depende de consideraciones utilitarias. Sostienen que el fundamento moral de los derechos humanos y la dignidad humana va más allá de la utilidad. Si tienen razón, la filosofía de Bentham es errónea.

En apariencia, la historia de la bomba con temporizador apoya la postura de Bentham. El número parece marcar una diferencia moral. Una cosa es aceptar la muerte de tres hombres en un bote por no matar a un inocente grumete a sangre fría. Pero ¿y si están en peligro miles de vidas inocentes, como en la historia de la bomba con temporizador? ¿Y si fuesen cientos de miles? El utilitarista argumentaría que, llegadas las cosas a cierto punto, hasta al más ardiente defensor de los derechos humanos le costaría mucho insistir en que es preferible moralmente dejar que muera un gran número de inocentes a torturar a un solo sospechoso de ser terrorista, aunque quizá sepa dónde han puesto la bomba.

Sin embargo, como puesta a prueba de la manera utilitaria de razonar moralmente, el caso de la bomba con temporizador conduce a error. Su intención es mostrar que el número cuenta: si el de vidas que está en peligro es suficientemente grande, deberíamos estar dispuestos a dejar a un lado nuestros escrúpulos relativos a la dignidad y a los derechos. Y si eso

es verdad, la moralidad consiste, después de todo, en calcular costes y beneficios.

Pero el ejemplo de la tortura no muestra que la perspectiva de salvar muchas vidas justifique infligir un gran dolor a un solo inocente. Recuérdese que la persona a la que se tortura para salvar todas esas vidas es un presunto terrorista, incluso el que creemos que ha puesto la bomba. La fuerza moral del argumento a favor de que se le torture depende en muy buena medida de que se suponga que es, de una forma u otra, responsable de la situación peligrosa con la que queremos acabar. O si no es responsable de esa bomba, supongamos que ha cometido otros actos terribles por los que se merezca que se le trate con severidad. Las intuiciones morales pertinentes en el caso de la bomba con temporizador no solo se refieren a los costes y beneficios, sino también a la idea no utilitaria de que los terroristas son malignos y merecen que se los castigue.

Lo veremos más claramente si modificamos el ejemplo para eliminar toda traza de presunta culpabilidad. Supongamos que la única forma de inducir al terrorista a hablar es torturar a una hija de corta edad, que no sabe nada de las funestas actividades de su padre. ¿Sería moralmente permisible? Sospecho que ni siquiera un endurecido utilitarista permanecería impasible ante una idea así. Pero esta versión del ejemplo de la tortura pone a prueba de forma más fidedigna el principio utilitario. Deja aparte la intuición de que el terrorista merece ser castigado en cualquier caso (sea cual sea la valiosa información que esperamos obtener) y nos fuerza a evaluar el cálculo utilitario en sí mismo.

La ciudad de la felicidad

La segunda versión del ejemplo de la tortura (la que incluye a la hija inocente) trae a la mente un cuento de Ursula K. Le Guin, «Los que andando se marchaban de Omelas», que habla de una ciudad, Omelas, donde imperan la felicidad y las celebraciones públicas, un lugar sin reyes ni esclavos, sin publicidad ni Bolsa de Valores, sin bombas atómicas. Por si este lugar nos parece demasiado irreal para que siquiera podamos imaginarlo, la autora añade algo más: «En un sótano de alguno de los bellos edificios públicos de Omelas, o quizá en los bajos de una de sus espaciosas viviendas, hay una habitación. La puerta está cerrada a cal y canto. No tiene ventanas». Y en esa habitación hay un niño que padece una

deficiencia mental, que está desnutrido, abandonado. Vive sus días en la miseria más penosa.

> Todos saben que existe, todos en Omelas lo saben. […] Todos saben que tiene que existir. […] Todos saben que su felicidad, la belleza de su ciudad, la ternura de sus amistades, la salud de sus hijos, […] hasta la abundancia de sus cosechas y el amable clima de sus cielos, dependen por completo de la abominable miseria del niño. […] Qué bueno sería, realmente, que se sacase al niño del abyecto lugar donde vive y se le llevase a la luz del día y se le lavase y alimentase y confortase; pero si se hiciese, a esa misma hora de ese mismo día, toda la prosperidad y belleza y delicia de Omelas se ajaría y destruiría. La condición es esa[8].

¿Es moralmente aceptable tal condición? La primera objeción al utilitarismo de Bentham, la que apela a los derechos humanos fundamentales, dice que no, incluso si gracias a ella existe una ciudad feliz. Estaría mal violar los derechos del niño inocente, aunque fuese por la felicidad de la multitud.

SEGUNDA OBJECIÓN: UNA UNIDAD COMÚN DE VALOR

El utilitarismo dice ofrecer una ciencia de la moral basada en medir, agregar y calcular la felicidad. Sopesa las preferencias sin juzgarlas. Las preferencias de todos cuentan por igual. En este espíritu reacio a enjuiciar reside gran parte de su atractivo. Y su promesa de hacer de la elección moral una ciencia informa en buena medida los razonamientos económicos de hoy. Pero para agregar preferencias hay que medirlas con una misma escala. La utilidad, tal y como la enunció Bentham, ofrece tal unidad común de valor.

Sin embargo, ¿es posible traducir todos los bienes morales a una sola unidad de valor sin perder algo en la traducción? La segunda objeción al utilitarismo duda de tal posibilidad. Según esta objeción, con una unidad común de valor no se captan todos los valores.

Para explorarla pensemos en cómo se aplica la lógica utilitaria en el análisis de costes y beneficios, una forma de tomar decisiones a la que recurren a menudo los gobiernos y las grandes empresas. El análisis de costes y beneficios intenta aportar racionalidad y rigor cuando hay que tomar decisiones sociales complejas; para ello traduce todos los costes y beneficios a un valor monetario, y entonces los compara.

Los beneficios del cáncer de pulmón

La tabaquera Philip Morris hace un buen negocio en la República Checa, donde fumar cigarrillos sigue siendo popular y aún resulta socialmente aceptable. Preocupado por los crecientes costes sanitarios del tabaquismo, el gobierno checo pensó no hace mucho en subir los impuestos a los cigarrillos. Con la esperanza de librarse de la subida de impuestos, Philip Morris encargó un análisis de los costes y beneficios del tabaco en los presupuestos del Estado checo. El estudio concluyó que el Estado ingresaba gracias al tabaquismo más de lo que gasta por él. La razón: aunque el gasto médico de los fumadores a cargo del presupuesto es mayor mientras viven, se mueren antes, y así le ahorran al Estado una suma considerable en atención sanitaria, pensiones y residencias de ancianos. Según el estudio, en cuanto se tenían en cuenta los «efectos positivos» del tabaquismo, incluidos los impuestos sobre los cigarrillos y el ahorro gracias a las muertes prematuras de fumadores, resultaba que el Tesoro ganaba 147 millones de dólares netos al año[9].

El análisis de costes y beneficios resultó ser un desastre para las relaciones públicas de Philip Morris. «Las tabaqueras negaban antes que los cigarrillos matasen —escribió un comentarista—. Ahora alardean de que lo hacen»[10]. Un grupo contrario al tabaco publicó un anuncio en los periódicos donde se veía el pie de un cadáver en el depósito de cadáveres con una etiqueta atada al dedo gordo que marcaba un precio de 1227 dólares, la cantidad que se ahorraba el Estado checo con cada muerte relacionada con el tabaco. Ante la indignación despertada y el ridículo público, el director ejecutivo de Philip Morris se disculpó diciendo que el estudio exhibía «un absoluto e inaceptable desprecio por los valores humanos básicos»[11].

Habrá quienes digan que el estudio de Philip Morris sobre el tabaquismo ilustra la insensatez moral del análisis de costes y beneficios y del modo utilitarista de pensar implícito en él. Considerar las muertes por cáncer de pulmón un chollo para la línea de resultados exhibe un insensible desprecio por la vida humana. Cualquier política relativa al tabaquismo que pueda defenderse moralmente ha de tener en cuenta no solo las repercusiones fiscales, sino también las consecuencias para la salud pública y el bienestar humano.

Sin embargo, un utilitarista no negaría la pertinencia de consecuencias más amplias: el dolor y el sufrimiento, la pena de las familias, la pérdida de

vidas. Bentham inventó la noción de utilidad precisamente para captar en una sola escala la disparidad de las cosas que nos interesan, entre ellas el valor de la vida humana. A un benthamista no le parecerá que el estudio sobre el tabaquismo sirva para poner en entredicho los principios utilitaristas; dirá solamente que los aplicó mal. Un análisis más completo de costes y beneficios añadiría al cálculo moral una cantidad que representase el coste de una muerte prematura para el fumador y su familia, y lo compararía con el ahorro que esa muerte antes de hora supondría para el Estado.

Esto nos devuelve a la cuestión de si todos los valores se pueden traducir a un valor monetario. Algunas versiones del análisis de costes y beneficios intentan una traducción así, hasta el punto de que le ponen un valor en dólares a la vida humana. Veamos dos usos del análisis de costes y beneficios que causaron indignación, no porque no calculasen el valor de la vida humana, sino porque lo hicieron.

Los depósitos de gasolina explosivos

En los años setenta, el Ford Pinto fue uno de los coches pequeños más vendidos en Estados Unidos. Por desgracia, su depósito de gasolina tendía a explotar cuando otro coche chocaba con él por atrás. Murieron más de quinientas personas al estallar sus coches en llamas, y muchos más sufrieron quemaduras graves. Cuando uno de estos se querelló contra la Ford Motor Company por ese diseño deficiente, se supo que a los ingenieros de la Ford no se les había escapado que el depósito de gasolina suponía un peligro. Sin embargo, los ejecutivos de la compañía habían realizado un análisis de costes y beneficios, y con él determinaron que los beneficios de arreglar el problema (en vidas salvadas y quemaduras evitadas) no llegaba a los once dólares por coche que costaba equiparlos con un dispositivo que hacía que el depósito fuese seguro.

Para calcular los beneficios que se obtendrían de un depósito de gasolina más seguro, Ford estimó que habría 180 muertos y 180 quemados si no se hacían las modificaciones. Puso entonces un valor monetario a cada vida perdida y quemadura sufrida: 200 000 dólares por vida y 67 000 por las quemaduras. Sumó a estas cantidades el número y el valor de los Pinto que probablemente arderían, y calculó que el beneficio total de la mejora de la seguridad sería de 49,5 millones de dólares. Pero el coste de instalar un aparato de once dólares a doce millones y medio de vehículos

ascendía a 137,5 millones de dólares. El fabricante, pues, llegó a la conclusión de que el coste de arreglar los depósitos de gasolina no estaba compensado por el beneficio que reportaban unos coches más seguros[12].

El jurado se indignó cuando supo del estudio. Concedió al querellante dos millones y medio de dólares de indemnización compensatoria y 125 millones adicionales por lo reprensible de la infracción (la cantidad se redujo después a tres millones y medio)[13]. Puede que el jurado creyese que no estaba bien que una gran empresa asignase un valor monetario a la vida humana, o quizá pensó que los 200 000 dólares se quedaban muy muy cortos. Ford no había llegado a esta cifra por sí misma. La había sacado de un organismo del Estado. A principios de los años setenta, la Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en Carretera de Estados Unidos había calculado el coste de una muerte en accidente de tráfico. Contando las futuras pérdidas de productividad, los costes médicos, el coste del entierro y los sufrimientos de la víctima, llegó a esa cifra de 200 000 dólares por fallecimiento.

Si la objeción del jurado hubiera sido al monto de dinero pero no al principio, un utilitarista podría haber coincidido con él. Pocos escogerían morir en un accidente de tráfico por 200 000 dólares. A la mayoría le gusta vivir. Para medir el efecto completo que tiene en la utilidad una muerte en accidente de tráfico habría que incluir la pérdida de la felicidad futura de la víctima, no solo los ingresos que no se percibirán y el coste del funeral. ¿Cuál, pues, sería una valoración de una vida humana en dólares más fidedigna?

Rebajas por vejez

Cuando la Agencia de Protección Medioambiental de Estados Unidos, la EPA, intentó responder esa pregunta también se suscitó la indignación, pero por otro motivo. En 2003 presentó un análisis de costes y beneficios de las nuevas normas contra la contaminación del aire. Asignó un valor más generoso a la vida humana que la Ford, pero con un matiz relativo a la edad: 3, 7 millones de dólares por vida salvada gracias a un aire más limpio, salvo para los que tenían más de setenta años, cuyas vidas se valoraban en 2,3 millones. Tras esas valoraciones diferentes se escondía una noción utilitarista: salvar la vida de una persona de edad produce menos utilidad que salvar la de alguien más joven (al joven le queda más por vivir y, por tanto, más felicidad que disfrutar). Quienes se ponían de parte de los

ancianos no lo veían así. Criticaron el «descuento que se hacía a los ciudadanos mayores» y sostuvieron que la Administración no debía asignar más valor a las vidas de los jóvenes que a las de los viejos. Ante las protestas, la EPA renunció enseguida al descuento y retiró el informe[14].

Los críticos del utilitarismo presentan estos casos como prueba de que el análisis de costes y beneficios va mal encaminado y de que asignar un valor monetario a la vida humana es obtuso. Los que defienden el análisis de costes y beneficios discrepan. Arguyen que muchas decisiones sociales implícitamente intercambian algún número de vidas humanas por otros bienes y ventajas. La vida humana tiene su precio, remachan, se quiera admitirlo o no.

Por ejemplo, el uso del automóvil se cobra un predecible tributo en vidas humanas, más de cuarenta mil muertes al año en Estados Unidos, pero ello no hace que prescindamos, como sociedad, de los coches. En realidad, ni siquiera nos lleva a reducir el límite de velocidad. Durante la crisis del petróleo de 1974, el Congreso de Estados Unidos impuso un límite nacional de velocidad de 55 millas por hora, unos 90 kilómetros por hora. Aunque el objetivo era ahorrar energía, una consecuencia de esa reducción de la velocidad máxima fue un número menor de fallecidos en accidentes de tráfico.

En la década de 1980 el Congreso eliminó la restricción; la mayoría de los estados subió el límite hasta las 65 millas por hora. Los conductores ganaron tiempo, pero hubo más fallecidos en accidentes de tráfico. Por entonces no se hizo un análisis de costes y beneficios para determinar si los beneficios de conducir más deprisa compensaban el coste en vidas, pero años más tarde dos economistas hicieron los números. Tomaron en cuenta un beneficio de un límite de velocidad más alto, el traslado más rápido de casa al trabajo y del trabajo a casa, calcularon el beneficio que suponía ese tiempo que se ganaba (valorado conforme a un salario medio de 20 dólares la hora) y lo dividieron por el número adicional de muertes. Descubrieron que, por el provecho de conducir más deprisa, los estadounidenses estaban valorando de hecho la vida humana en 1,54 millones de dólares por vida. Eso era lo que se ganaba económicamente, por fallecido, al conducir diez millas por hora más deprisa[15].

Los partidarios del análisis de costes y beneficios señalan que al conducir a 65 millas por hora en vez de a 55 valoramos implícitamente la vida humana en 1,54 millones de dólares, mucho menos que los seis millones por vida que los organismos gubernamentales de Estados Unidos

suelen usar cuando dictan normas sobre la polución y reglas sanitarias o de seguridad. Entonces, ¿por qué no se dice explícitamente? Si prescindir de ciertos niveles de seguridad a cambio de ciertos beneficios y ventajas es inevitable, mantienen, deberíamos hacerlo con los ojos bien abiertos y comparar los costes y beneficios de manera tan sistemática como sea posible, incluso si así se le pone un precio a la vida humana.

Los utilitaristas ven nuestra renuencia a darle un valor monetario a la vida humana como un impulso que hay que vencer, un tabú que no deja pensar con claridad y estorba la toma racional de decisiones en la esfera pública. Para quienes critican el utilitarismo, en cambio, la renuencia indica algo de mayor importancia: que no es posible medir y comparar todos los valores y bienes con una sola escala.

Pagar para que sufras

No salta a la vista cómo pueda resolverse esta disputa, pero hay científicos sociales con mentalidad empírica que lo han intentado. Edward Thorndike, psicólogo social, intentó probar en los años treinta la premisa utilitarista: que es posible traducir nuestros deseos y aversiones, en apariencia dispares, a una sola unidad de placer y dolor. Realizó una encuesta con perceptores jóvenes de subsidios públicos en la que les preguntaba cuánto habría que pagarles para que pasasen por ciertas experiencias. Por ejemplo: «¿Cuánto habría que pagarle para que dejase que le extrajeran una de las paletas de arriba?». «¿Y para que dejara que le cortasen el dedo pequeño de un pie?». «¿Y para que se comiese una lombriz viva de quince centímetros de largo?». «¿Y para que matase con sus propias manos a un gato callejero?». «¿Y para que viviese el resto de su vida en una granja de Kansas, a diez millas de la población más cercana?»[16].

¿Por cuál de estas experiencias cree que habría que pagar más y por cuál menos? Esta es la lista de precios según la encuesta (en dólares de 1937):

El diente	4500 dólares
El dedo	57 000 dólares
La lombriz	100 000 dólaers
El gato	10 000 dólares
Kansas	300 000 dólares

Thorndike creía que estos resultados respaldaban la idea de que todos los bienes se pueden medir y comparar con una sola escala. «Cualquier carencia o satisfacción que pueda existir, existe en alguna cantidad y es, por

lo tanto, mensurable —escribió—. La vida de un perro, de un gato, de una gallina […] en muy buena medida consiste en, y viene determinada por, apetitos, ansias y deseos, y su gratificación. […] Lo mismo ocurre con la vida del hombre, solo que sus apetitos y deseos son más numerosos, sutiles y complicados»[17].

Pero lo estrafalaria que resulta la lista de precios de Thorndike da a entender que tales comparaciones son absurdas. ¿Podemos realmente concluir que los encuestados consideraban la perspectiva de pasarse toda la vida en una granja de Kansas tres veces más desagradable que comerse una lombriz, o difieren ambas experiencias de modo tal que no es posible una comparación que tenga sentido? Thorndike reconocía que un tercio de los encuestados afirmó que por ninguna suma querrían vivir esas experiencias, lo que hacía pensar que las consideraban «inmensurablemente repugnantes»[18].

Las chicas de St. Anne

Quizá no haya un argumento que, de una vez por todas, establezca o refute que todos los bienes morales se pueden traducir, sin que se pierda nada, a una sola medida de valor. Pero un nuevo ejemplo redunda en lo dudoso de tal posibilidad.

En los años setenta, cuando hacía mi doctorado en Oxford, había colegios mayores para hombres y colegios mayores para mujeres. Los de mujeres tenían reglas de conducta interna que prohibían que un hombre pasase la noche en las habitaciones de ellas. Rara vez se hacían cumplir estas reglas, que eran fáciles de saltar, o eso me decían. A la mayor parte de los encargados de los colegios no les parecía que fuera una obligación suya hacer que se respetasen las ideas tradicionales en lo concerniente a la moral sexual. Cada vez había más presiones para que se relajasen las normas. El asunto se debatió en el St. Anne's College, uno de los colegios solo femeninos.

Algunas de las mujeres del claustro más entradas en años eran tradicionalistas. Se oponían a permitir invitados masculinos por las razones morales que cabría esperar; era inmoral, pensaban, que las jóvenes solteras pasasen la noche con hombres. Pero los tiempos habían cambiado, y a las tradicionalistas les daba reparo confesar las verdaderas razones de su oposición, así que las tradujeron a motivos utilitarios. «Si los hombres pasan la noche en el colegio —argüían—, los costes crecerán para este».

¿Por qué?, se preguntará. «Pues porque querrán bañarse, así que se usará más agua caliente». Además, razonaban, «tendremos que cambiar los colchones más a menudo».

Los reformistas contrarrestaron los argumentos de las tradicionalistas con un compromiso: cada mujer solo podía tener por semana tres invitados que pasasen allí la noche, con tal, eso sí, de que cada uno pagase cincuenta peniques por noche para cubrir el coste que ello supondría para el colegio. Al día siguiente, el *Guardian* titulaba: «Las chicas de St. Anne, por cincuenta peniques la noche». El lenguaje de la virtud no se había dejado traducir muy bien que se diga al lenguaje de la utilidad. Poco después se suprimirían por completo las reglas de conducta interna, y con ellas la tasa.

3

¿Somos nuestros propios dueños? El libertarismo

La revista *Forbes* publica todos los otoños la lista de los cuatrocientos estadounidenses más ricos. Más de diez años ha encabezado la lista el fundador de Microsoft, Bill Gates III; así lo hizo en 2008, año en el que *Forbes* calculó su patrimonio neto en 57 000 millones de dólares. Otros miembros del club eran el inversor Warren Buffett (el segundo, con 50 000 millones), los propietarios de los almacenes WalMart, los fundadores de Google y Amazon, varios petroleros, directores de fondos especulativos, los reyes de los medios de comunicación y los magnates inmobiliarios, la presentadora de televisión Oprah Winfrey (en el puesto 155, con 2700 millones) y George Steinbrenner, el dueño de los New York Yankees, el equipo de béisbol (empatado en el último lugar, con 1300 millones)[1].

Es tanta la riqueza en esas cumbres de la economía estadounidense, incluso debilitada, que tener mil millones de dólares apenas si basta para meterse entre los cuatrocientos de Forbes. El 1 por ciento más rico de los estadounidenses posee más de un tercio de la riqueza del país, más que toda la riqueza del 90 por ciento menos acomodado de las familias estadounidenses. El 10 por ciento más rico de los hogares de Estados Unidos se lleva un 42 por ciento del total de los ingresos y posee el 71 por ciento de la riqueza[2].

La desigualdad económica es mayor en Estados Unidos que en otras democracias. Hay quienes piensan que semejante desigualdad es injusta y apoyan que se grave a los ricos para ayudar a los pobres. Otros discrepan. Dicen que no hay nada de injusto en la desigualdad económica, con tal de que no se cree por la fuerza o fraudulentamente, sino por las decisiones que unos y otros toman en una economía de mercado.

¿Quién tiene razón? Si se cree que la justicia significa maximizar la felicidad, se optará por la redistribución de la riqueza, según el siguiente

razonamiento: supóngase que tomamos un millón de dólares de Bill Gates y lo repartimos entre cien necesitados, a cada uno de los cuales se les darán diez mil dólares. Lo más probable es que la felicidad total aumentase. Gates apenas si se enteraría, mientras que los receptores obtendrían una gran felicidad con los diez mil dólares de paga extra. Su utilidad colectiva crecería más que disminuiría la individual de Gates.

Esta lógica utilitarista podría extenderse hasta justificar una redistribución bien radical de la riqueza. Nos diría que transfiriéramos dinero del rico al pobre hasta que el último dólar que le quitásemos a Gates le doliera tanto como ayudase al receptor.

Tal proceder, al estilo de Robin Hood, está sujeto al menos a dos objeciones, una desde dentro del pensamiento utilitarista, la otra desde fuera. La primera objeción teme que un tipo impositivo alto, especialmente sobre la renta, reduzca los incentivos para trabajar e invertir y conduzca a un declive de la productividad. Si el pastel económico se reduce y hay menos que redistribuir, el nivel general de la utilidad quizá disminuya. Así que antes de gravar demasiado a Bill Gates y Oprah Winfrey, el utilitarista tendría que enterarse de si proceder de esa manera no haría que trabajasen menos y, por ello, no ganasen tanto, con lo que al final se reduciría la cantidad de dinero que se podría redistribuir entre los necesitados.

La segunda objeción considera que esos cálculos están fuera de lugar. Sostiene que gravar a los ricos para ayudar a los pobres es injusto porque viola un derecho fundamental. Según esta objeción, tomar dinero de Gates y Winfrey sin su consentimiento, aunque sea por una buena causa, es coercitivo. Viola la libertad de que hagan con su dinero lo que les apetezca. A quienes se oponen a la redistribución por esta razón se les llama a menudo en Estados Unidos «libertarios».

Los libertarios, en este sentido de la palabra, el que se empleará en adelante, son partidarios de que los mercados estén libres de toda atadura, se oponen a que los regule el Estado. Pero el motivo de esta actitud suya no es la eficiencia económica, sino la libertad humana. Su doctrina central afirma que cada uno tiene un derecho fundamental a la libertad: el derecho a hacer lo que se quiera con las cosas que se posea con tal de que se respeten los derechos de otros a hacer lo mismo.

EL ESTADO MÍNIMO

Si la teoría libertaria de los derechos es correcta, muchas actividades del Estado moderno son ilegítimas y violan la libertad. Solo un Estado mínimo, uno que obligue a cumplir los contratos, proteja del robo a la propiedad privada y mantenga la paz, es compatible con la teoría libertaria de los derechos. Cualquier Estado que haga más carecerá de justificación moral.

El libertario rechaza tres tipos de políticas y de leyes que los estados modernos ejecutan de ordinario:

1. No al paternalismo. Los libertarios se oponen a las leyes que protegen a las personas del daño que puedan hacerse a sí mismas. Las normas concernientes al cinturón de seguridad son un buen ejemplo, o las de los cascos de los motoristas. Aunque ir en moto sin casco sea insensato, y aunque las normas que imponen su uso salven vidas y eviten lesiones gravísimas, el libertario argumenta que las leyes de ese estilo violan el derecho del individuo a decidir los riesgos que quiere correr. Mientras no haya terceros que salgan perjudicados y los motoristas se hagan responsables de sus propias facturas médicas, el Estado no tiene derecho a dictar qué riesgos pueden correr con sus cuerpos y vidas.
2. No a legislar sobre la moral. Los libertarios se oponen a que se use la fuerza coercitiva de la ley para promover alguna concepción determinada de la virtud o expresar las convicciones morales de la mayoría. Puede que para muchos la prostitución sea moralmente reprochable, pero eso no justifica las leyes que impiden que la practiquen adultos que consientan en ello. En algunas sociedades las mayorías quizá desaprueben la homosexualidad, pero eso no justifica que haya leyes que priven a gais y lesbianas del derecho a escoger sus compañeros sexuales.
3. No a la redistribución de la renta o del patrimonio. La teoría libertaria de los derechos descarta toda ley que requiera que unas personas ayuden a otras, incluidas las leyes que impongan impuestos para la redistribución de la riqueza. Por deseable que pueda ser que los más acomodados ayuden a los menos afortunados, subsidiando su asistencia sanitaria, sus viviendas o su educación, tal ayuda debería dejarse en manos de los individuos, no ordenarla el Estado. Según los libertarios, los impuestos redistributivos son una

> forma de coerción, incluso de robo. El Estado no tiene más derecho a forzar a los contribuyentes acomodados a costear programas sociales que favorezcan a los pobres que un ladrón benévolo lo tendría a robar a un rico para dar el botín a los que duermen en la calle.

La filosofía libertaria no se proyecta inequívocamente sobre el espectro político. Los conservadores que apoyan el *laissez-faire* en política económica se separan a menudo de los libertarios en cuestiones culturales, como la oración en las escuelas, el aborto y poner restricciones a la pornografía. Y muchos partidarios del Estado del bienestar tienen puntos de vista libertarios en asuntos como los derechos de los gais, los derechos reproductivos, la libertad de expresión y la separación de la Iglesia y el Estado.

En la década de 1980, las ideas libertarias encontraron muy pública expresión en la retórica promercado y antigobierno de Ronald Reagan y Margaret Thatcher. En cuanto doctrina intelectual, el libertarismo nació antes, para oponerse al Estado del bienestar. En *Los fundamentos de la libertad* (1960), el economista-filósofo Friedrich A. Hayek (1899-1992), austríaco de nacimiento, defendió que todo intento de que haya mayor igualdad económica no podrá ser sino coercitivo y destructivo para una sociedad libre[3]. En *Capitalismo y libertad* (1962), el economista estadounidense Milton Friedman (1912-2006) defendió que muchas actividades del Estado que gozaban de una gran aceptación iban ilegítimamente contra la libertad individual. La Seguridad Social, o cualquier programa de pensiones obligatorio dirigido por el Estado, es uno de sus principales ejemplos: «Si un hombre prefiere conscientemente vivir al día y gastar lo que tiene para disfrutar ahora, si escoge deliberadamente una vejez en la penuria, ¿qué derecho tenemos a impedirle que lo haga?», se preguntaba Friedman. Podemos insistirle a una persona así en que ahorre para su jubilación, «pero ¿tenemos derecho a valernos de la coerción para impedir que haga lo que quiere?»[4].

Friedman criticaba las leyes del salario mínimo por razones parecidas. El Estado no tienen ningún derecho a impedir a los empresarios pagar el jornal que quieran, por bajo que sea, si los trabajadores están dispuestos a aceptarlo. El Estado viola también la libertad individual cuando promulga leyes contra la discriminación en el empleo. Si los empresarios quieren discriminar por razones de raza, de religión o de lo que sea, el Estado no

tiene derecho a impedírselo. Según Friedman, «leyes así suponen claramente una interferencia en la libertad de los individuos de cerrar contratos voluntariamente entre sí»[5].

Que se requiera una licencia para desempeñar ciertas profesiones también interfiere con la libertad de elección. Si un peluquero sin formación profesional quiere ofrecer sus servicios, no precisamente expertos, al público y encuentra clientes dispuestos a arriesgarse a un corte de pelo barato, no le corresponde al Estado prohibir tal transacción. Friedman extendía esta lógica hasta los médicos. Si quiero una apendicectomía a precio de saldo, debería tener la libertad de pagar a quien me parezca, con título o no, para que la haga. Es verdad que casi todo el mundo quiere estar seguro de que su médico es competente, pero el mercado puede ofrecer esa información. En vez de recurrir a que el Estado expida títulos de médico, sugería Friedman, los pacientes podrían valerse de servicios de calificación privados, como los de publicaciones del estilo de *Consumer Reports* y *Good Housekeeping*[6].

LA FILOSOFÍA DEL LIBRE MERCADO

En *Anarquía, Estado y utopía* (1974) Robert Nozick ofrece una defensa filosófica de los principios libertarios y ataca las ideas ordinarias de la justicia distributiva. Parte de aseverar que los individuos tienen derechos «tan fuertes y de tan largo alcance» que «hay que preguntarse qué debe hacer el Estado, si es que debe hacer algo». Llega a la conclusión de que «solo se justifica un Estado mínimo, que se limite a hacer cumplir los contratos y a proteger a las personas de la fuerza, el robo y el fraude. Cualquier Estado que vaya más allá violará el derecho de las personas a que no se les fuerce a hacer ciertas cosas, y no estará justificado»[7].

Entre las cosas que no se debería forzar a hacer destaca el ayudar a otros. Cobrar impuestos a los ricos para ayudar a los pobres es coercitivo para los ricos. Viola su derecho a hacer lo que quieran con lo que poseen.

Según Nozick, no hay nada de malo en la desigualdad económica en cuanto tal. El mero hecho de saber que los cuatrocientos de *Forbes* tienen miles de millones mientras los hay que no tienen ni un duro no permite concluir nada acerca de que sea justo o injusto. Nozick rechaza que una distribución justa haya de atenerse a una cierta pauta, se trate de unos ingresos iguales, de una utilidad igual o de una provisión igual de las

necesidades básicas. Lo que importa es cómo se ha llegado a esa distribución.

Nozick rechaza las teorías de la justicia basadas en pautas y se inclina por las que bendicen lo que quiera que se elija en un mercado libre. Sostiene que la justicia distributiva depende de dos requisitos: la justicia en lo que inicialmente se tiene y la justicia en las transferencias[8].

El primer requisito quiere saber si los recursos con los que ha hecho dinero son legítimamente suyos (si usted ganó una fortuna vendiendo bienes robados, no tendrá derecho a disfrutar de ella). El segundo quiere saber si ha hecho dinero gracias a libres intercambios en el mercado o gracias a donaciones que otros han concedido voluntariamente. Si la respuesta a ambas preguntas es que sí, tendrá derecho a poseer lo que posee y el Estado no podrá quitárselo sin su consentimiento. Con tal de que no se empiece con ganancias conseguidas con malas artes, cualquier distribución que resulte de un mercado libre será justa, por igual o desigual que sea.

Nozick reconoce que no es fácil determinar si las posesiones iniciales de las que derivan las posiciones económicas actuales se obtuvieron con buenas o malas artes. ¿Cómo podremos saber si la distribución actual de rentas y patrimonios no refleja apropiaciones ilegítimas de tierras o de otros activos mediante violencia, robos o fraudes que se produjeron hace generaciones? Si se puede demostrar que quienes hoy se encuentran en lo más alto son los beneficiarios de injusticias del pasado —como la reducción de los afroamericanos a la esclavitud o la expropiación de los americanos nativos—, habrá razones, según Nozick, para remediar la injusticia por medio de los impuestos, de reparaciones o de otras maneras. Pero hay que tener en cuenta que esas medidas estarían encaminadas a enmendar errores del pasado, no a que haya una mayor igualdad en sí.

Nozick ilustra lo insensata que es la redistribución (según su punto de vista) con un ejemplo hipotético acerca del gran jugador de baloncesto Wilt Chamberlain, cuyo salario llegó a principios de los años setenta a la friolera de 200 000 dólares por temporada. Como Michael Jordan es la estrella del baloncesto por antonomasia en tiempos más recientes, actualicemos el ejemplo de Nozick con Jordan, a quien los Chicago Bulls pagaron 31 millones de dólares en su última temporada: más por partido que a Chamberlain por temporada.

EL DINERO DE MICHAEL JORDAN

Para descartar cualquier duda acerca de las posesiones iniciales, imaginemos, propone Nozick, que se establece la distribución inicial de rentas y patrimonios según la pauta que se considere justa, una distribución perfectamente igualitaria, si se quiere. Empieza la temporada de baloncesto. Quienes desean ver jugar a Michael Jordan depositan cinco dólares en una caja cada vez que compran una entrada. Lo que haya en la caja será para Jordan. (En la vida real, claro está, el salario de Jordan lo pagaban los propietarios del equipo y procedía de lo que ingresaba este. La premisa simplificadora de Nozick —que son los aficionados los que le pagan directamente— es una manera de centrarse en la cuestión filosófica que se quiere abordar, el intercambio voluntario).

Como hay mucha gente ansiosa por ver jugar a Jordan, la asistencia es alta y la caja se llena. Al final de la temporada, Jordan tiene 31 millones de dólares, mucho más que cualquier otro. A resultas de ello, la distribución inicial —la que usted considerase justa— ya no está vigente. Jordan tiene más y otros menos. Pero la nueva distribución la han creado decisiones totalmente voluntarias. ¿Quién podría quejarse? No los que pagaron por ver jugar a Jordan; escogieron libremente comprar las entradas. No aquellos a los que no les gusta el baloncesto y se quedaron en casa; no se gastaron ni un céntimo en Jordan, y no están peor que antes. Sin duda, tampoco Jordan; decidió jugar al baloncesto a cambio de una generosa paga[9].

Nozick cree que el ejemplo ilustra dos problemas de las teorías de la justicia distributiva basadas en pautas. El primero, que la libertad subvierte las pautas. Quien crea que la desigualdad económica es injusta tendrá que intervenir repetida y continuamente en el mercado libre para deshacer las consecuencias de lo que la gente va eligiendo. El segundo, que intervenir de esa manera —cobrar impuestos a Jordan para costear programas que ayuden a los desfavorecidos— no solo socava los resultados de las transacciones voluntarias; viola además los derechos de Jordan al quitarle lo que ha ganado. Le fuerza, a todos los efectos, a hacer una contribución caritativa en contra de su voluntad.

¿Y qué hay de malo en gravar las ganancias de Jordan? Según Nozick, lo que moralmente está en juego va más allá del dinero. Está en juego nada más y nada menos que la libertad humana. Su razonamiento es el siguiente: «Gravar las rentas del trabajo es equiparable a los trabajos forzados»[10]. Si

el Estado tiene derecho a reclamar una parte de lo que gano, tendrá también el derecho de reclamar parte de mi tiempo. En vez de tomar, digamos, el 30 por ciento de mis ingresos, podría obligarme a dedicar el 30 por ciento de mi tiempo a trabajar para el Estado. Pero si el Estado puede forzarme a trabajar para él, está, en esencia, afirmando que tiene un derecho de propiedad sobre mí.

> Requisar el fruto del trabajo de alguien es equivalente a requisarle horas y obligarle a realizar actividades diversas. Si otros le fuerzan a usted a hacer cierto trabajo, o un trabajo no remunerado, durante cierto período de tiempo, serán ellos, aparte de las decisiones que usted pudiese tomar, quienes decidirán qué deberá hacer usted y cuál será el propósito del trabajo que usted haga. Esto […] los convierte, parcialmente, en sus amos; les da un derecho de propiedad sobre usted[11].

Esta forma de razonar nos conduce al meollo moral de la doctrina libertaria básica: que se es el dueño de uno mismo. Si soy mi dueño, debo ser el dueño de mi trabajo (si otro pudiera ordenarme que trabajase, ese sería mi amo, y yo, un esclavo). Pero si soy el dueño de mi trabajo, debo tener derecho a quedarme con los frutos de mi trabajo (si otro tuviese derecho a quedarse con lo que gano, ese sería el dueño de mi trabajo y, por lo tanto, sería mi dueño). Esta es la razón, según Nozick, de que quitarle a Jordan parte de sus 31 millones de dólares con un impuesto para ayudar a los pobres viole sus derechos: establece, a todos los efectos, que el Estado —o la sociedad— es, parcialmente, su dueño.

El libertario ve una continuidad moral entre la imposición fiscal (que me quiten lo que gano), los trabajos forzados (que se queden con mi trabajo) y la esclavitud (negar que yo sea mi propio dueño):

Ser dueño de uno mismo	*Exacción*
de su propia persona	esclavitud
de su trabajo	trabajos forzados
de los frutos de su trabajo	impuestos

Claro está, ni el impuesto de la renta más progresivo se queda con el cien por cien de los ingresos de nadie. El Estado, pues, no pretende poseer a sus contribuyentes por completo. Nozick, sin embargo, mantiene que sí pretende poseer parte de nosotros: la parte que corresponda a la fracción de nuestros ingresos que hemos de pagar para sostener causas que exceden de las potestades de un Estado mínimo.

¿Somos nuestros propios dueños?

Cuando Michael Jordan anunció en 1993 que se retiraba del baloncesto, los seguidores de los Chicago Bulls se quedaron desolados. Volvería a jugar y llevaría a los Bulls a ganar tres campeonatos más. Pero supongamos que en 1993 el ayuntamiento de Chicago, o, ya puestos, el Congreso, hubiese querido aliviar esa desolación y hubiera votado a favor de obligar a Jordan a jugar al baloncesto durante un tercio de la temporada siguiente. La mayor parte de la gente habría considerado que se trataba de una ley injusta, una violación de la libertad de Jordan. Pero si el Congreso no puede obligar a Jordan a que vuelva a las pistas de baloncesto (ni siquiera durante un tercio de la temporada), ¿cómo puede tener derecho a forzarle a que dé un tercio del dinero que gana jugando al baloncesto?

Los partidarios de la redistribución de la renta por medio de impuestos formulan varias objeciones a la lógica libertaria. La mayoría de ellas, sin embargo, tiene réplica.

Primera objeción: Los impuestos no son tan malos como los trabajos forzados

Si le cobran un impuesto, siempre podrá trabajar menos y pagar menos impuestos; pero si se le fuerza a trabajar, no podrá elegir.

Réplica libertaria: Es cierto, pero ¿por qué debería el Estado obligar a tener que elegir? Hay personas a las que les gusta ver las puestas de sol; otros prefieren actividades que cuestan dinero: ir al cine, salir a comer, navegar en yate, etcétera. ¿Por qué se cobran menos impuestos a quienes prefieren holgar que a quienes se dedican a actividades que cuestan dinero?

Piénsese en esta analogía: un ladrón entra en su casa y le da tiempo a llevarse, bien un televisor de pantalla plana que cuesta mil dólares, bien mil dólares en metálico que usted guardaba debajo del colchón. Quizá preferiría que se llevase el televisor, porque entonces usted podría decidir si gastarse o no los mil dólares en comprar otro. Si el ladrón roba el dinero, a usted no le queda esa posibilidad de elegir (suponiendo que no se está ya a tiempo de devolver el televisor y que le repongan el dinero que pagó por él). Pero la cuestión no es que se prefiera que roben el televisor (o trabajar menos); el ladrón (o el Estado) hace mal en ambos casos, sea cual sea el arreglo al que recurran las víctimas para mitigar la pérdida.

Segunda objeción: Los pobres necesitan más el dinero

Réplica libertaria: Puede. Pero esa es una razón para convencer a los adinerados de que, porque así lo decidan ellos, ayuden a los pobres. No justifica que se obligue a Jordan y a Gates a hacer caridad. Robar al rico para dárselo a los pobres sigue siendo robar, lo haga Robin Hood o el Estado.

Piénsese en esta analogía: que un paciente en diálisis *necesite* uno de mis riñones más que yo (en el supuesto de que yo tenga dos riñones sanos) no significa que tenga derecho a quedarse con él. Tampoco puede el Estado quitarme uno de mis riñones para ayudar al paciente en diálisis, por urgente y acuciante que sea su necesidad. ¿Por qué no? Porque es mío. Las necesidades no pueden con mi derecho fundamental a hacer lo que quiera con lo mío.

Tercera objeción: Michael Jordan no juega solo. Está, pues, en deuda con aquellos que contribuyen a sus triunfos

Réplica libertaria: Es verdad que los triunfos de Jordan dependen de otras personas. El baloncesto es un deporte de equipo. Nadie pagaría 31 millones de dólares por verle lanzar tiros libres a solas en una pista vacía. Nunca habría ganado tanto dinero sin compañeros de equipo, entrenadores, preparadores físicos, árbitros, locutores, el personal de mantenimiento de los pabellones, etcétera.

Pero a todas esas personas ya se les paga el valor de mercado de sus servicios. Aunque saquen menos que Jordan, son ellas las que aceptan voluntariamente la compensación que reciben por los trabajos que realizan. No hay razón, pues, para suponer que Jordan les debe una parte de lo que gana. Y aunque Jordan les debiese algo a sus compañeros de equipo y entrenadores, cuesta entender cómo podría justificar esa deuda que se grave con un impuesto sus ganancias para proporcionar cupones de alimentos a los hambrientos o vivienda pública a los que no tienen techo.

Cuarta objeción: En realidad, a Jordan no se le están cobrando impuestos contra su voluntad. Como ciudadano de una democracia, tiene voz en la creación de las leyes fiscales a que está sujeto

Réplica libertaria: No basta con el consenso democrático. Supóngase que Jordan votó contra las leyes fiscales, pero que estas se aprobaron de todas

formas. ¿Iba Hacienda a dejar de pedirle que pagase? Claro que no. Podría argüirse que Jordan, al vivir en esta sociedad, da su consentimiento (al menos implícitamente) a lo que la voluntad de la mayoría quiera y a obedecer sus leyes. Pero ¿no significaría esto que por el mero hecho de vivir en Estados Unidos como ciudadanos le extenderíamos a la mayoría un cheque en blanco y consentiríamos de antemano cualquier ley que se aprobase, por injusta que fuese?

En tal caso, la mayoría puede cobrar impuestos a la minoría, incluso confiscar su riqueza y propiedades, contra su voluntad. ¿Qué queda entonces de los derechos individuales? Si el consenso democrático justifica que se confisque la propiedad, ¿no justificará también que se confisque la libertad? ¿Puede la mayoría privarme de mi libertad de expresión y de culto diciendo que, como soy un ciudadano democrático, ya he dado mi consentimiento a lo que la mayoría decida?

El libertario tiene una respuesta a punto para cada una de las cuatro primeras objeciones. Pero hay otra para la que no se encuentra tan fácilmente una réplica.

Quinta objeción: Jordan tiene suerte

Tiene suerte de poseer las facultades necesarias para destacar tanto en el baloncesto y de vivir en una sociedad que valora la capacidad de elevarse por el aire y meter una pelota por un aro. Por mucho que haya trabajado para desarrollar su destreza, Jordan no puede reclamar ningún mérito por sus dotes naturales o por vivir en una época en la que el baloncesto es popular y le llueve el dinero. Ni lo uno ni lo otro es obra suya. No se puede decir, pues, que tiene algún derecho moral a quedarse con todo el dinero que gana con sus facultades. La comunidad no es injusta con él si grava sus ingresos por el bien público.

Réplica libertaria: Esta objeción pone en tela de juicio que las aptitudes de Jordan sean realmente suyas. Pero esta manera de razonar es potencialmente peligrosa. Si Jordan no tiene derecho a los beneficios que resultan del ejercicio de sus aptitudes, es que no las posee realmente. Y si no posee sus aptitudes y destrezas, es que no es su propio dueño. Pero si Jordan no es su propio dueño, ¿quién lo es? ¿Estamos seguros de que queremos atribuir a la comunidad política el derecho de propiedad de sus ciudadanos?

La idea de ser propietario de uno mismo resulta atractiva, especialmente para quienes buscan un fundamento sólido para los derechos individuales. La idea de que me pertenezco a mí mismo, y no al Estado o a la comunidad política, es una manera de explicar por qué está mal que se sacrifiquen mis derechos por el bienestar de otros. Recordemos lo reacios que éramos a tirar al hombre entrado en kilos para no dejar pasar el tranvía. Si vacilamos antes de empujarle, ¿no fue acaso porque éramos conscientes de que su vida le pertenecía? Pocos habrían puesto objeciones a que ese hombre hubiera saltado para salvar a los trabajadores de la vía y muriese por ellos. Al fin y al cabo, era su vida. Pero nosotros no podemos tomar y usar su vida ni siquiera por una buena causa. Lo mismo cabe decir del infortunado grumete. Si Parker hubiese decidido que sacrificaba su vida para salvar a sus hambrientos camaradas de barco, pocos habrían dicho que no estaba en su derecho de hacerlo. Pero sus camaradas no tenían derecho a ayudarse a sí mismos a costa de una vida que no les pertenecía.

Muchos que se oponen a la economía del *laissez-faire* recurren en otros campos a la idea de ser el dueño de uno mismo. Quizá explique esto el persistente atractivo de las ideas libertarias incluso entre quienes simpatizan con el Estado del bienestar. Piénsese en cómo figura el ser el dueño de uno mismo en los argumentos relativos a la libertad reproductiva, la moralidad sexual y el derecho de privacidad. El Estado no debe prohibir los anticonceptivos o el aborto, se dice a menudo, porque las mujeres han de ser libres de decidir lo que hacen con sus propios cuerpos. La ley no debe castigar el adulterio, la prostitución o la homosexualidad, sostienen muchos, porque los adultos deben ser libres de escoger a sus compañeros sexuales. Algunos son partidarios de los mercados de riñones para trasplantes basándose en que cada uno es el dueño de su propio cuerpo y debería, por lo tanto, tener la libertad de vender sus órganos. Otros extienden el principio para defender el derecho al suicidio asistido. Puesto que soy el dueño de mi vida, debería ser libre de ponerle fin cuando lo desee y de que un médico (o cualquier otro) que se preste a ello me ayude a hacerlo. El Estado no tiene derecho a impedirme que use mi cuerpo o disponga de mi vida como o cuando me apetezca.

La idea de que somos nuestros propios dueños aparece en muchos argumentos a favor de la libertad de elección. Si soy el dueño de mi cuerpo, de mi vida y de mi persona, debería ser libre de hacer lo que quiera con ellos (con tal de que no perjudique a otros). Pese al atractivo de esta idea, cuesta abrazarla con todas sus consecuencias.

Si le tientan los principios libertarios y quiere ver lo lejos que debería llevarlos, tenga en cuenta los casos que se exponen a continuación.

La venta de riñones

La mayor parte de los países prohíbe la compraventa de órganos para trasplantes. En Estados Unidos hay donaciones de riñones, pero no se venden en el mercado abierto. Sin embargo, los hay que sostienen que habría que cambiar esas leyes. Recuerdan que cada año mueren miles de personas mientras esperan un trasplante de riñón; el suministro, argumentan, crecería si hubiese un libre mercado de riñones. Sostienen además que los pobres que necesiten dinero deberían tener la libertad de vender un riñón si quisieran.

Un argumento a favor de que se permita la compraventa de riñones se basa en la noción libertaria de ser el dueño de uno mismo: si soy el dueño de mi cuerpo, debería tener la libertad de vender mis órganos cuando me apetezca. Como escribe Nozick: «El núcleo mismo del concepto de tener el derecho de propiedad de X [...] es el derecho de determinar qué se haga con X»[12]. Pero pocos partidarios de la venta de órganos adoptan en realidad la lógica libertaria al completo.

Esta es la razón: la mayor parte de quienes abogan por los mercados de riñones resaltan la importancia moral de salvar vidas y el hecho de que la mayoría de quienes donan uno de sus riñones pueden apañárselas con el otro. Pero si se cree que uno es el propietario de su cuerpo y de su vida, ninguna de esas consideraciones importa en realidad. Si uno es su propio dueño, el derecho que tendrá a usar su propio cuerpo como le apetezca es razón suficiente para que se le deje vender sus órganos. Las vidas que se salven así o el bien que se haga no vienen a cuento.

Para ver el porqué, imagine dos casos atípicos.

Suponga primero que el posible comprador del riñón que le sobra está perfectamente sano. Le ofrece a usted (o, más probablemente, a un campesino del mundo en desarrollo) 8000 dólares por un riñón, no porque necesite desesperadamente un trasplante, sino porque es un excéntrico marchante de arte que vende órganos humanos a clientes acomodados para que los pongan en la mesilla de la sala de estar y sus invitados hablen de ello. ¿Debería permitirse que se comprasen y vendiesen órganos con ese propósito? Si usted cree que somos nuestros propios dueños, le será difícil decir que no. Lo que importa no es el propósito, sino el derecho de

disponer de nuestra propiedad como nos apetezca. Claro está, a usted puede repugnarle el uso frívolo de órganos humanos y al mismo tiempo estar a favor de las ventas de órganos solo para salvar vidas. Pero si ese es su punto de vista, no podrá defender el mercado de órganos basándose en las premisas libertarias. Tendrá que reconocer que no tenemos un derecho de propiedad ilimitado sobre nuestro cuerpo.

Piense en un segundo caso. Suponga que un campesino que apenas si subsiste con su trabajo en una aldea de la India quiere, por encima de cualquier otra cosa, mandar a su hijo a la universidad. Para conseguir el dinero, vende un riñón a un estadounidense rico que necesita un trasplante. Unos años después, cuando el segundo hijo del campesino se acerca a la edad de ir a la universidad, otro comprador acude a la aldea y ofrece al campesino una buena suma por su segundo riñón. ¿Debería tener la libertad de vender también ese segundo riñón aunque, al quedarse sin riñones, morirá? Si el argumento moral a favor de la venta de órganos se basa en que somos nuestros propios dueños, la respuesta debería ser que sí. Resultaría raro pensar que el campesino posee uno de sus riñones pero no el otro. Algunos objetarían que a nadie se le debería inducir a dar la vida por dinero, pero si somos los dueños de nuestro cuerpo y de nuestra vida, el campesino tiene todo el derecho del mundo a vender su segundo riñón aunque eso equivalga a vender la propia vida. (Este ejemplo no es del todo hipotético. En los años noventa, un preso de una cárcel de California quiso donar a su hija un segundo riñón. El comité de ética del hospital no lo aceptó).

Es posible, por supuesto, permitir solo las ventas de órganos que salven vidas y no pongan en peligro la vida del vendedor. Pero proceder así no se basaría en el principio de que somos nuestros propios dueños. Si de verdad poseyésemos nuestros cuerpos y vidas, a nosotros nos tocaría decidir si vendemos nuestros órganos, con qué propósito y con qué riesgo.

El suicidio asistido

El doctor Jack Kevorkian salió en 2007 de una cárcel de Michigan tras haber pasado allí ocho años por haber administrado sustancias letales a pacientes enfermos que querían morir; tenía por entonces setenta y nueve años de edad. Como condición de que se le concediese la libertad condicional, se comprometió a no ayudar a ningún paciente más a morir. Durante los años noventa, el doctor Kevorkian (al que se llamaba «doctor

muerte») abogó por que se promulgasen leyes que permitiesen el suicidio asistido y practicó lo que predicaba: ayudó a ciento treinta personas a morir. Se le acusó, procesó y condenó por asesinato en segundo grado solo después de que él mismo entregase al programa de televisión *60 minutos* de la cadena CBS un vídeo donde se le veía en acción, aplicando una inyección letal a un hombre que sufría la enfermedad de Lou Gehrig[13].

El suicidio asistido es ilegal en Michigan, el estado del doctor Kevorkian, y en cualquier otro estado salvo Oregón y Washington. Muchos países prohíben el suicidio asistido, y solo unos cuantos (Holanda es el caso más famoso) lo permiten expresamente.

A primera vista, el argumento a favor del suicidio asistido parece un ejemplo de manual de la filosofía libertaria. Para el libertario, las leyes que prohíben el suicidio asistido son injustas por lo siguiente: si mi vida me pertenece, debería tener la libertad de abandonarla; y si cierro voluntariamente un acuerdo con alguien para que me ayude a morir, el Estado no tiene derecho a interferir.

Pero la defensa de que se permita el suicidio asistido no depende necesariamente de que seamos nuestros propios dueños o de que nuestras vidas nos pertenezcan. Muchos partidarios del suicidio asistido no sacan a colación los derechos de propiedad, sino que razonan en nombre de la dignidad y la compasión. Dicen que los pacientes terminales que están sufriendo mucho deberían poder apresurar su muerte para no seguir padeciendo dolores inaguantables. Incluso quienes creen que tenemos en general el deber de preservar la vida humana pueden llegar a la conclusión de que, llegado cierto punto, la compasión puede más que el deber de aguantar.

Con pacientes terminales cuesta desenredar la justificación libertaria del suicidio asistido de la basada en la compasión. Para evaluar la fuerza moral de la idea de ser el dueño de uno mismo, piénsese en un caso de suicidio asistido donde no participa un enfermo terminal. Es, qué duda cabe, un caso muy singular. Pero su singularidad nos permite aquilatar la lógica libertaria en sí misma, sin que la velen consideraciones relativas a la dignidad y la compasión.

Canibalismo pactado

En 2001 tuvo lugar una extraña cita en un pueblo alemán, Rotenburg. Bernd-Jurgen Brandes, ingeniero informático de cuarenta y tres años de

edad, respondió a un anuncio de internet que buscaba a alguien dispuesto a que lo matasen y comiesen. Había puesto el anuncio Armin Meiwes, de cuarenta y dos, técnico de ordenadores. Meiwes no ofrecía ninguna compensación económica; solo la experiencia en sí. Unas doscientas personas contestaron al anuncio. Cuatro viajaron hasta la casa de campo de Meiwes para una entrevista, pero decidieron que no les interesaba. Brandes, en cambio, tras reunirse con Meiwes y sopesar la propuesta mientras tomaban café, dio su consentimiento. Meiwes mató al invitado, troceó el cadáver y lo guardó en bolsas de plástico dentro de la nevera. Para cuando lo arrestaron, el «caníbal de Rotenburg» se había comido casi veinte kilos de su víctima, una parte de los cuales cocinó con aceite y ajo[14].

Cuando Meiwes fue llevado a juicio, un caso tan llamativo fascinó al público y confundió al tribunal. Alemania no tiene leyes contra el canibalismo. El perpetrador no podía ser condenado por asesinato, arguyó la defensa, ya que la víctima participó voluntariamente en su propia muerte. El abogado de Meiwes sostuvo que su cliente solo podía ser culpable de haber matado a quien le pidió que lo matase, una forma de suicidio asistido que se castiga como mucho con cinco años de cárcel. El tribunal intentó solventar el enredo condenando a Meiwes por homicidio y sentenciándolo a ocho años y medio de cárcel[15]. Pero dos años después un tribunal de apelaciones consideró que esa sentencia era demasiado leve y condenó a Meiwes a cadena perpetua[16]. Esta sórdida historia tiene un desenlace también peculiar: se dice que el asesino caníbal se ha convertido en la cárcel en vegetariano porque las granjas industriales son inhumanas[17].

El canibalismo entre adultos que consienten en practicarlo y padecerlo somete a la más rigurosa de las pruebas el principio libertario de ser el dueño de uno mismo y la idea de justicia que se deriva de él. Es una forma extrema de suicidio asistido. Puesto que no tiene nada que ver con librar del dolor a un paciente terminal, solo se puede justificar diciendo que somos dueños de nuestros cuerpos y vidas y podemos hacer con ellos lo que nos plazca. Si este principio libertario es correcto, prohibir el canibalismo pactado es injusto, una violación del derecho a la libertad. El Estado no tendría más potestad de castigar a Armin Meiwes que de cobrar impuestos a Bill Gates y a Michael Jordan para ayudar a los pobres.

Justicia como Valor Moral y Concepto Estatal

La justicia se presenta como un pilar fundamental tanto en el discurso filosófico como en la teoría jurídica. Su dualidad como valor moral y como concepto estatal refleja la complejidad de las relaciones humanas y las estructuras sociales, generando un constante debate sobre su definición, aplicación y alcance. Este ensayo aborda ambas dimensiones de la justicia, analizando sus fundamentos, principios rectores y los desafíos que surgen en su implementación.

La Justicia como Valor Moral

En su dimensión moral, la justicia actúa como un principio ético que orienta el comportamiento humano hacia la realización de ideales compartidos de bienestar y equidad. Este enfoque trasciende el marco estrictamente legal, invitando a una reflexión profunda sobre las bases de la convivencia social y el respeto mutuo. La justicia moral encuentra su fundamento en tres pilares esenciales:

1. **Igualdad:** La igualdad, como principio rector, exige el reconocimiento de la dignidad inherente a todas las personas. Esto implica no solo la eliminación de discriminaciones arbitrarias, sino también la construcción de condiciones que garanticen el acceso equitativo a recursos y oportunidades. Sin embargo, la igualdad tiene sus limitaciones, ya que no siempre garantiza resultados justos. Por ejemplo, en un sistema de impuestos uniforme, donde todos pagan el mismo porcentaje independientemente de sus ingresos, se asegura una igualdad formal, pero se perpetúa una desigualdad material, ya que las personas con menores recursos sufren una carga proporcionalmente mayor en su capacidad económica. Otro caso ilustrativo es el acceso igualitario a una educación estándar, que puede ser insuficiente para estudiantes con necesidades específicas o contextos socioeconómicos desventajados. En este contexto, la igualdad no se limita a una dimensión formal, sino que debe aspirar a una justicia distributiva que considere estas disparidades y las supere mediante acciones correctivas y personalizadas.

2. **Equidad:** La equidad, en contraste con la igualdad, subraya la necesidad de considerar las particularidades de cada individuo o grupo. Este principio reconoce que las condiciones de partida no son iguales para todos y, por ende, requiere la implementación de medidas compensatorias que nivelen el terreno de juego. Por ejemplo, en el ámbito educativo, la equidad puede implicar proporcionar recursos adicionales a escuelas en comunidades desfavorecidas para garantizar que sus estudiantes tengan las mismas oportunidades de aprendizaje que aquellos en zonas más privilegiadas. Otro caso es el sistema de justicia penal, donde un trato equitativo podría incluir programas de rehabilitación personalizados para delincuentes juveniles, reconociendo su potencial de reintegración social frente a castigos uniformes. En el mundo laboral, la equidad puede significar ajustes razonables en el lugar de trabajo para empleados con discapacidades, asegurando que puedan desempeñar sus funciones en igualdad de condiciones. La equidad es crucial para superar desigualdades estructurales y promover una justicia verdaderamente inclusiva.

3. **Inclusión:** La inclusión, como una evolución de la equidad, demanda no solo reconocer las diferencias y proporcionar apoyos específicos, sino también garantizar la plena participación de todos los sectores sociales en los procesos de decisión que afectan sus vidas. Este principio no solo enfatiza el respeto y valoración de la diversidad, sino que también busca asegurar la igualdad de oportunidades para todos, independientemente de su origen, condición o identidad. Por ejemplo, en el ámbito educativo, la justicia marcada por la inclusión se refleja en programas que no solo admiten a estudiantes con discapacidades, sino que adaptan las metodologías de enseñanza y el entorno físico para que puedan participar plenamente. En el mercado laboral, la inclusión significa ir más allá de contratar a personas de grupos históricamente marginados, asegurándose de que tengan las mismas oportunidades de promoción y desarrollo profesional. En la

participación política, la inclusión se traduce en garantizar que las voces de minorías étnicas, lingüísticas o culturales estén representadas en los órganos de toma de decisiones. La inclusión no solo fortalece la cohesión social, sino que también enriquece la deliberación colectiva al integrar una multiplicidad de perspectivas que contribuyen a soluciones más justas y equilibradas.

La justicia moral opera como un horizonte normativo que orienta tanto las decisiones individuales como las colectivas, promoviendo un modelo de sociedad basado en la cooperación y el respeto mutuo. Este enfoque invita a reflexionar sobre cómo las acciones humanas pueden contribuir a la realización del bien común.

La Justicia como Concepto Estatal

En el ámbito estatal, la justicia adquiere una dimensión institucional que la vincula con el ejercicio del poder y la construcción del orden social. El Estado se erige como el encargado de definir, implementar y garantizar un sistema normativo que aspire a materializar un ideal colectivo de justicia.

Así, El Estado, a través de su sistema jurídico, codifica una serie de normas y principios que reflejan una determinada concepción de la justicia. Estas normas, que se imponen a través de la coacción estatal, definen los derechos y obligaciones de los ciudadanos, establecen las bases para la resolución de conflictos y, en última instancia, moldean la convivencia social. Sin embargo, la justicia que el Estado impone no siempre coincide plenamente con la moral individual o incluso con la moral colectiva. El Estado, como entidad con intereses y objetivos propios, puede utilizar el concepto de justicia para legitimar su poder y promover una agenda particular. Esta instrumentalización de la justicia genera tensiones inherentes al sistema, y conlleva peligros y amenazas que es fundamental analizar.

Tensiones palpables:

1. Imposición de una moral dominante: La justicia estatal se fundamenta en un marco jurídico que refleja una visión particular de lo que es justo.

Esta construcción está influenciada por las concepciones morales predominantes en una sociedad determinada, lo que puede resultar en la exclusión o marginación de perspectivas alternativas.

La divergencia entre la justicia estatal y la moral individual o colectiva se manifiesta en diversas áreas. Veamos algunos ejemplos concretos:

Leyes sobre la propiedad y la redistribución de la riqueza: Un Estado puede, en nombre de la justicia y la eficiencia económica, implementar leyes que protejan férreamente la propiedad privada y limiten la redistribución de la riqueza. Esto podría entrar en tensión con una moral colectiva que priorice la equidad y considere que una concentración extrema de la riqueza es intrínsecamente injusta. Ejemplo de ello son las políticas fiscales que benefician desproporcionadamente a las rentas más altas, justificadas bajo la idea de incentivar la inversión, pero que en la práctica pueden aumentar la desigualdad. La tensión aquí radica en la diferente concepción de "lo justo": ¿es justo proteger la acumulación ilimitada de capital, o es más justo redistribuir la riqueza para garantizar un mínimo de bienestar a todos?

Leyes sobre la libertad de expresión y la seguridad nacional: En nombre de la seguridad nacional, un Estado puede promulgar leyes que restrinjan la libertad de expresión, criminalizando la disidencia o la crítica al gobierno. Esto choca frontalmente con una moral individual y colectiva que valore la libertad de expresión como un derecho fundamental y un pilar de la democracia. Las leyes antiterroristas, por ejemplo, a menudo son criticadas por su potencial para ser utilizadas de forma abusiva para silenciar voces críticas, bajo la justificación de proteger la seguridad. La tensión se produce entre el valor de la seguridad y el valor de la libertad, ambos defendibles desde diferentes perspectivas de justicia.

Leyes migratorias: Un Estado puede implementar leyes migratorias restrictivas, basadas en una noción de justicia que prioriza los intereses de los ciudadanos nacionales por encima de los derechos de los migrantes. Esto puede entrar en conflicto con una moral colectiva que abogue por la solidaridad y la acogida de quienes huyen de la pobreza o la persecución. Las políticas de "tolerancia cero" en las fronteras, que separan a las

familias y criminalizan la migración irregular, son ejemplos claros de esta tensión. Aquí se enfrenta una concepción de justicia basada en la pertenencia nacional con una concepción de justicia universal que defiende los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su origen.

Leyes sobre el medio ambiente: Un Estado puede priorizar el desarrollo económico por encima de la protección del medio ambiente, permitiendo prácticas industriales contaminantes en nombre de la "justicia" del crecimiento económico y la generación de empleo. Esto entra en tensión con una creciente moral colectiva que considera la justicia intergeneracional y la sostenibilidad ambiental como valores fundamentales. La explotación de recursos naturales sin medidas de mitigación ambiental adecuadas, justificadas por la necesidad de desarrollo económico, ejemplifica esta tensión. ¿Es justo priorizar el bienestar económico presente a costa del bienestar de las generaciones futuras y la salud del planeta?

2. Tensión entre pluralismo y universalidad: Aunque el Estado busca establecer principios universales de justicia, debe hacerlo en un contexto caracterizado por la pluralidad de valores y visiones del mundo. Este desafío implica equilibrar las demandas de diferentes grupos sociales sin sacrificar los principios fundamentales de igualdad, equidad e inclusión. Por ejemplo, en el caso de las leyes de educación básica, algunos grupos pueden exigir adaptaciones curriculares que reflejen sus valores culturales, mientras que otros abogan por un currículo estándar que garantice la igualdad en la formación. El pluralismo exige un esfuerzo continuo por parte del Estado para adaptar sus normas a las realidades cambiantes de la sociedad.

3. Coercitividad y legitimidad: A diferencia de la justicia moral, que se basa en la persuasión y el consenso, la justicia estatal se impone a través de mecanismos coercitivos. Esta naturaleza coercitiva plantea interrogantes sobre la legitimidad de las leyes, especialmente cuando no cuentan con un respaldo social amplio. Un ejemplo de ello es la implementación de medidas fiscales impopulares, donde la falta de consulta ciudadana puede generar protestas masivas y percepciones de

injusticia. Además, existe el riesgo de que el poder estatal sea utilizado para perpetuar estructuras de dominación bajo el pretexto de garantizar la justicia, como ocurre en regímenes autoritarios que justifican la represión de la oposición en nombre de la estabilidad.

Peligros y amenazas:

Erosión de la Legitimidad: Cuando la justicia estatal se percibe como alejada de los valores morales de la sociedad, la legitimidad del Estado mismo se ve erosionada. La desconfianza en las instituciones y el descontento social pueden aumentar, conduciendo a la inestabilidad política.

Desigualdad y Marginación: Si el sistema jurídico favorece sistemáticamente a ciertos grupos en detrimento de otros, se perpetúan y profundizan las desigualdades sociales. La justicia se convierte entonces en un instrumento de opresión, en lugar de un mecanismo para la equidad.

Represión y Autoritarismo: La imposición de una visión moral a través de la fuerza, sin el consentimiento de la mayoría, abre la puerta a la represión y el autoritarismo. La criminalización de la disidencia y la restricción de las libertades fundamentales se convierten en herramientas para mantener el statu quo, aun a costa de los derechos humanos.

Conflictividad Social: La tensión entre la justicia estatal y la moral colectiva puede generar un clima de conflictividad social, con protestas, movimientos de resistencia y, en casos extremos, violencia. La lucha por una justicia más alineada con los valores sociales se convierte en un motor de cambio, pero también puede ser un factor de inestabilidad.

Debilitamiento del Estado de Derecho: Cuando la justicia se utiliza como una herramienta política y no como un principio rector imparcial, se debilita el Estado de Derecho. La confianza en la justicia se pierde, y la arbitrariedad sustituye a la legalidad.

SESIÓN 9

La profesión jurídica en Colombia

Falta de reglas y exceso de mercado



Mauricio García Villegas
María Adelaida Ceballos Bedoya

Colección Dejusticia

Volver a tabla de contenido

Introducción

Fuera de economías diferentes y de unas estructuras sociales algo distintas, lo que diferenciaba a los granadinos de sus vecinos parecía ser el legalismo, el dominio abrumador de los abogados que tanto molestaba a Bolívar, el rechazo a todo poder militar, el culto, más verbal que real, a la ley por encima de la fuerza.

Jorge Orlando Melo
Historia mínima de Colombia

Se dice que Simón Bolívar diferenciaba los territorios de la Nueva Granada diciendo que Venezuela era tierra de militares, Ecuador tierra de curas y Colombia tierra de abogados. Hay algo de cierto en esta simplificación, por lo menos en lo que concierne a Colombia. La historia de este país ha sido labrada por juristas, desde la independencia, con Francisco de Paula Santander, hasta la reciente desmovilización de las FARC, con los abogados que jalonaron lo esencial del debate sobre la paz, pasando por la reforma constitucional de 1936 y sus debates sobre la función social de la propiedad, y el Frente Nacional con su andamiaje constitucional de convivencia entre los partidos, entre otros muchos eventos de la vida nacional. A la importancia social y cultural que tienen los abogados se suma su cantidad, con una tasa de aproximadamente 568 por cien mil habitantes en 2016.[1]

Este rasgo de nuestra nacionalidad no es fácil de valorar; tiene cosas positivas y negativas. Ha sido la causa de múltiples enredos institucionales que han trastornado el orden de prioridades, y han impedido ver lo que realmente importa, frenando así el avance del país, pero también nos ha permitido un cierto control del poder a través de las formas legales y la división de los poderes; ha sido la causa de mucho abuso y corrupción, pero también ha permitido el florecimiento de la cultura de los derechos y de su protección judicial; ha alimentado el fetichismo jurídico y la eficacia simbólica, pero también ha empoderado a las comunidades y le ha dado fuerza a la Constitución.

Lo cierto es que el derecho y sus profesionales (jueces, notarios, profesores de Derecho, litigantes, funcionarios del Estado) tienen una visibilidad pública y una importancia notables. En Colombia, los conflictos sociales, los proyectos políticos, las noticias cotidianas, el debate

1 Este dato (que será sustentado en el capítulo 4 de este libro) viene de un cruce entre las proyecciones poblacionales del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y las listas del total de abogados con tarjeta profesional del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ).

público y hasta las guerras, todo eso, suele empezar y terminar (cuando termina) con discusiones jurídicas protagonizadas por abogados. Existe una fuerte juridización de la vida social y política: lo que no pasa por el derecho no se ve, no adquiere dimensión pública y relevancia política. Clifford Geertz, en *Local Knowledge,* cuenta una historia automotriz según la cual, frente al problema del control de la polución, Toyota decidió contratar a mil ingenieros, mientras que Ford decidió contratar a mil abogados (1983, p. 176). Esta anécdota, que de alguna manera también ocurre en muchos otros países, ilustra bien este fenómeno de juridización de la vida social y da una idea de los enormes costos de transacción que ella entraña.

En Colombia (también en América Latina) los abogados litigantes son y han sido los protagonistas de la profesión jurídica. En Europa o en Norte América, en cambio, los protagonistas han sido los jueces, los legisladores o los profesores de Derecho (van Caenegem, 1987).[2] Cada uno de estos tres personajes, según la época, el país y la tradición jurídica, ha dominado el panorama legislativo en estas regiones. Los jueces, por ejemplo, han sido los protagonistas del derecho en la tradición del *common law* y, de manera particularmente importante, en los Estados Unidos. En Francia, los legisladores fueron protagonistas a principios del siglo XIX con la codificación. En los años treinta, durante la época de los llamados tratadistas, los profesores de Derecho, sobre todo los de Derecho Civil, se convirtieron en voceros del derecho, lo cual consiguieron con la creación de la doctrina jurídica, que fue la guía de interpretación que utilizaron los jueces, los litigantes y los legisladores (Audren y Halpérin, 2013).[3]

La centralidad de los abogados litigantes en nuestro medio es algo que se manifiesta en el mismo lenguaje: mientras en otros países la palabra “abogado” se utiliza exclusivamente para nombrar a los

2 En su *Sociología del derecho*, Max Weber (1986) diferencia entre el derecho continental, creado por profesores y legisladores, y el derecho anglosajón, creado por jueces. Ver igualmente Bourdieu en “La force du droit” (1986).

3 En América Latina obedecemos, en términos generales, a la tradición jurídica del derecho civil (*civil law*), con una influencia muy marcada de Francia, sobre todo durante la construcción de las repúblicas, en el siglo XIX. Esta tradición les otorga un rol fundamental a los profesores de derecho. Sin embargo, debido a que la mayor parte de ellos son abogados litigantes que ven su labor académica como una tarea secundaria, la doctrina que han creado está determinada por su condición de litigantes, más que por su condición de profesores de derecho. Hay excepciones notables, por supuesto, pero esa es la tendencia general. A esto se suma el hecho de que estos mismos litigantes son, con mucha frecuencia, protagonistas del campo político, pues no solo son funcionarios del Estado (a veces los más altos funcionarios), sino también políticos elegidos popularmente.

litigantes, en Colombia, por abogado se entiende aquel que se gradúa de una facultad de Derecho y eso incluye a todos los que se dedican a cada una de las subprofesiones internas que existen en el derecho: profesor, juez, notario, funcionario, asesor jurídico o abogado litigante. Incluso cuando se les pregunta a los jueces (también a los profesores o a los notarios) por su profesión, muchos responden: abogado.

Quizás sea hora de empezar a diversificar este lenguaje y a no confundir todas las subprofesiones jurídicas bajo la misma palabra (abogado). En esta investigación tratamos de hacer eso y, por lo tanto, solo utilizaremos la palabra "abogado" para referirnos a los litigantes, aunque no siempre es posible hacer eso (entre otras cosas porque desconoce el lenguaje oficial).[4] Cuando sea necesario hablar en términos generales, para referirnos a quienes han pasado por una facultad de Derecho, hablaremos de "juristas". Estas diferencias lingüísticas son, además, un paso importante para empezar a cambiar la realidad; es decir, para empezar a establecer una diferenciación normativa y práctica entre estas subprofesiones.

Crecimiento acentuado de la profesión

Entre 1993 y 2017 hubo en Colombia un gran crecimiento en la oferta de educación jurídica y ello debido, en buena medida, al esquema de desregulación universitaria establecido por la Ley 30 de 1992. Mientras en 1993 había 32 instituciones de educación superior (IES)[5] que ofrecían estudios de derecho, en 2017 este número ascendió a 105. Más impresionante es el crecimiento de los pregrados de derecho (una misma IES puede ofrecer varios) que pasaron de 38 en 1993 a 190 en 2017, lo que equivale a la apertura de más de tres nuevos pregrados cada semestre. La población universitaria también creció notoriamente, pasando de casi 36 mil estudiantes matriculados en 1994-I, a casi 132 mil en el primer semestre de 2017 (Ceballos Bedoya, 2018a, p. 84; Snies, 2017).

Para apreciar la verdadera dimensión de estas cifras, vale la pena relacionarlas con los egresados de otras profesiones. En 2015, egresaron 13.915 juristas, 2.354 economistas, 1.076 biólogos y 504 sociólogos. Esta sobreoferta de juristas hace que en Colombia los problemas

4 Las facultades de Derecho colombianas otorgan diplomas de "abogado", no de jurista.

5 Optamos por hablar de instituciones de educación superior (en lugar de "universidades", que es el término más comúnmente empleado) por tratarse del concepto más comprehensivo y técnicamente correcto. Así, según el artículo 16 de la Ley 30 de 1992, el concepto de IES incluye las instituciones técnicas profesionales, las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, y las universidades.

sociales (violencia política y social, pobreza, desigualdad, corrupción, etc.) sean, con mucha frecuencia, asuntos tratados no por sociólogos (que son, por la naturaleza de sus estudios, los más indicados para abordar estos problemas), sino por juristas, los cuales además tienen una presencia excesiva en el debate nacional cuando se les compara con la presencia de otros profesionales.

El tipo de sociedad y de instituciones que tenemos en Colombia no es ajeno a la abundancia de abogados. Cuando hay una amplia oferta de abogados, es posible que una buena parte de estos profesionales se conviertan en reproductores de la conflictividad social, más que en agentes de consenso, entendimiento y pacificación social. Esto tiene su expresión en el mismo ordenamiento jurídico: la apelación debería ser un remedio frente a errores graves cometidos por los jueces de menores instancias;[6] en Colombia, en cambio, la apelación es vista como un derecho, como algo rutinario y normal ante todo fallo desfavorable, con lo cual todos apelan e incluso todos esperan llegar a las altas Cortes. Mientras en otros países esas altas Cortes existen para crear jurisprudencia, aquí existen para resolver casos.

Así, el abuso de las acciones judiciales en Colombia (un país particularmente generoso en la oferta de este tipo de recursos) puede estar relacionado, entre otras cosas, con este posible superávit de abogados en busca de un oficio litigioso en asuntos que podrían ser resueltos por otras vías menos costosas, menos conflictivas y más eficaces. Hay otros factores, claro, como la existencia de una tradición jurídica muy fuerte en el país y, más recientemente, una sobrecarga del sistema judicial con necesidades jurídicas insatisfechas o con asuntos no resueltos por el sistema político: desde los años noventa, el bloqueo de las causas progresistas en el sistema político, debido al efecto negativo de la guerrilla en la protesta social, se tradujo en una judicialización de las causas políticas.[7]

La gran cantidad de abogados, además, puede estar asociada con el tamaño y la recurrencia de la corrupción. Si se repasa la historia de

---

6 Este es el modelo que impera en algunos países, como Estados Unidos. Según explica la American Bar Association (s. f.), la apelación no es un nuevo juicio (por eso no se consideran nuevos argumentos o pruebas), sino que es un recurso limitado a los casos en que se presentaron errores procedimentales o fallas graves en la interpretación que el juez hizo de la norma en cuestión.

7 Para un desarrollo extendido de esta hipótesis, véase García Villegas (2014a). La constante violación de derechos también causa abuso de las acciones, como en el caso de las acciones de tutela frente al sistema de salud. Como dirían García Villegas y Uprimny (2016, p. 440), "la mejor forma de evitar la congestión judicial derivada de la *tutelitis*, sin afectar el derecho de acceso a la justicia, es reducir la *abusitis*".

los escándalos de corrupción en Colombia, sobre todo en las dos últimas décadas, se ve cómo la intervención de los abogados, y a veces incluso de los jueces, ha sido pieza clave en la concepción y el desarrollo del robo de los dineros y los bienes públicos.

Hace casi un siglo, Piero Calamandrei (2003, p. 43) proponía regular la profesión jurídica en Italia, con la idea de que eso era necesario para impedir que se formara "aquella excesiva muchedumbre de abogados sin pleitos, los cuales, puestos en la dura necesidad de escoger entre el honor y la ganancia, con frecuencia se sienten obligados a olvidarse del primero". Si Calamandrei pudiera apreciar lo que aquí ocurre, es muy probable que dijera lo mismo. Este debate es importante. En los países desarrollados no todos los que estudian Derecho llegan a ser abogados, jueces o notarios. Muchos se quedan en el camino y un buen porcentaje se convierte en técnico jurídico (*paralegal*), que es una profesión honrosa y bien remunerada.

No sobra agregar que este fenómeno no es exclusivamente colombiano y que ha tenido lugar en casi todos los países occidentales durante las últimas décadas. El crecimiento del número de juristas (sobre todo mujeres) es un fenómeno que tiene muchas causas, entre ellas la urbanización, la globalización económica, la expansión territorial de la oferta de pregrados de Derecho, la privatización del Estado y las complejidades jurídicas derivadas de este hecho, etc.[8]

Profesión y clases sociales

No solo hay demasiadas facultades de Derecho, sino que hay una gran disparidad en términos de calidad entre los centros educativos. Este hecho se encuentra correlacionado con la clase social. El 71 % de los juristas egresan de facultades de Derecho que, según los criterios que explicaremos en el capítulo 2, pueden catalogarse como de baja calidad y de bajo costo. Aquí se encuentran establecimientos de origen partidista, religioso o empresarial, que operan con muy pocos recursos y casi sin control. En contraste con esto hay una minoría, de aproximadamente 16 % de los juristas, que egresa de centros de alta calidad, en su mayoría universidades privadas de alto costo en las que estudian las clases altas y medio-altas. En este contexto, los estudiantes menos privilegiados tienen muy pocas oportunidades de recibir una formación de alta calidad (Ceballos Bedoya, 2018a, pp. 88, 95).

Como los diplomas de las facultades de Derecho tienen un valor académico muy dispar, el mercado universitario intenta responder a

8 Véanse, entre otros, Bergoglio (2009), Boigeol (2003), Bonelli (2013), Dezalay (1990), Engelman (2006), France y Vauchez (2017).

ese problema a través de la oferta de posgrados, en buena parte diseñados por las facultades de mayor prestigio en las grandes ciudades, sobre todo en Bogotá. Eso se debe a que los estudiantes egresados de universidades de baja calidad con frecuencia compensan las carencias de su título con un posgrado en una universidad de prestigio.[9] Es difícil emitir un juicio de valor sobre lo que hacen estas últimas, pues en cierta medida se benefician de esta situación de disparidad de los pregrados, pero al mismo tiempo cumplen una labor importante en la nivelación de la calidad de los profesionales. Sea lo que fuere, una de las particularidades de Colombia es la proliferación de especializaciones y maestrías. Si hubiese un examen de Estado que impusiera una cierta calidad en los estudios de Derecho, un porcentaje importante de facultades de baja calidad saldría del mercado (o se esforzaría por mejorar su calidad) y la demanda de diplomas de posgrado posiblemente perdería importancia.

Las diferencias de clase de los pregrados se reproducen luego en el ejercicio profesional. Los cargos con remuneraciones bajas o medias están copados por los egresados de pregrados de bajo costo y menor calidad, que suelen ser los juristas de clase media o baja. Por el contrario, en los cargos más altos tiende a haber un predominio de los egresados de las mejores universidades privadas, que suelen ser los más ricos.[10]

Así se configura una especie de *apartheid* educativo[11] que se traslada al mundo profesional, donde las clases altas obtienen los mejores cargos y las clases bajas los peores. Esta situación socialmente discriminatoria empieza desde mucho antes, en la educación básica, entre colegios de buena calidad que reciben a los hijos de la clase alta y colegios mediocres que reciben al resto de la población.

---

9 En Colombia abundan los funcionarios públicos que han hecho tres, cuatro, cinco o más especializaciones. Esto es facilitado, además, por un incentivo burocrático del Estado que consiste en la mejora salarial (entre otros beneficios) que se deriva de la obtención de estos diplomas. Al respecto, véase el capítulo 3 de este libro.

10 Esta situación no es exclusiva de Colombia. Marc Galanter (1995) hizo una investigación célebre (uno de los estudios más citados en la historia de la sociología jurídica) en donde muestra algo similar.

11 Esta expresión (*apartheid* educativo) puede parecer demasiado fuerte; sin embargo, creemos que en Colombia su uso se justifica (sobre todo en referencia a la educación básica) debido a la fuerte separación entre las clases en el sistema educativo y a la enorme incidencia que tiene la clase social en la suerte que corren los estudiantes. Al respecto, véase García Villegas, Espinosa, Jiménez Ángel y Parra Heredia (2013). Por su parte, Felouzis, Liot y Perroton (2005) emplean el concepto de "*apartheid* escolar" de forma diferente a como lo empleamos aquí, para explicar cómo la segregación étnica y urbana tiene un fuerte correlato en las desigualdades educativas.

Ahora bien, esta fragmentación social tiene fisuras tanto en el mundo académico como profesional. Por un lado, hay unos pocos pregrados del sector público que ofrecen una formación de buena calidad a los estudiantes con bajo capital económico; allí casi nunca se mezclan los alumnos de distintas clases sociales. Por otro lado, el elitismo profesional ha sido parcialmente roto por algunas universidades que tienen una calidad baja o medio-baja y cuyos egresados no pertenecen a las clases altas, pero consiguen tener una representación importante en las élites jurídicas del país, particularmente en las élites burocráticas. Este fenómeno ha ocurrido, en particular, en las altas Cortes (sobre todo en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura) y la Fiscalía General de la Nación.

Adicionalmente, en la profesión jurídica existe un marcado sesgo de género.[12] A pesar de la creciente feminización de esta profesión (en 2016, las mujeres eran titulares del 46 % de las tarjetas profesionales), las juristas siguen teniendo un acceso muy limitado a los cargos mejor remunerados, especialmente en las altas Cortes, las listas de árbitros y las firmas de abogados.

Falta de controles

En Colombia, todos los estudiantes de Derecho que se diploman pueden salir a ejercer de inmediato, sin tener que pasar un examen de Estado obligatorio o buscar admisión en un colegio de abogados, como ocurre en casi todos los países democráticos, incluidos muchos de América Latina. A pesar de haberse propuesto muchas veces, hasta hace muy poco no había sido posible implementar estos controles, ni siquiera los más básicos. Recientemente, sin embargo, se aprobó la Ley 1905 de 2018, que exige la aprobación de un examen de Estado a todos los graduados en Derecho que quieran ejercer la profesión.[13]

El examen de Estado es particularmente importante en países que tienen una educación legal muy dispar, como Colombia, con una mayoría muy amplia de facultades de Derecho de muy pobre calidad. Que históricamente no haya existido ese examen, y que todos los egresados

---

12 Sobre las desigualdades de género en la educación jurídica colombiana, véase Ceballos Bedoya (2018b).

13 Esta ley establece que "para ejercer la profesión de abogado, además de los requisitos exigidos en las normas vigentes, el graduado deberá acreditar certificación de aprobación del Examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), directamente o a través de una Institución de Educación Superior acreditada en Alta Calidad que se contrate para tal fin" (art. 1, par. 1). Al momento de publicar este libro, los efectos y la implementación de esta ley están todavía por verse.

de esas facultades puedan ejercer la profesión sin ningún control (particularmente, la profesión de litigantes), muestra el poder que tienen los juristas y los educadores jurídicos como grupo de interés con gran influencia en el ámbito legislativo e institucional.

A esta falta de controles para el ingreso a la profesión se suma un muy deficiente control durante el ejercicio profesional. Como es bien conocido en Colombia, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) es una de las instituciones del Estado con peor reputación y eso debido a que ha sido, en buena parte, capturada por intereses políticos y corporativistas (García Villegas y Revelo, 2009).

Más aún, el Acto Legislativo 02 de 2015 suprimió esta Sala Disciplinaria y la reemplazó por la Comisión Nacional de Disciplina. Al momento de escribir este libro, la Comisión no se ha implementado todavía, así que la Sala Disciplinaria pervive bajo un esquema de transición. Esto significa que tenemos una Sala Disciplinaria que no solo es fuertemente cuestionada, sino que también ha estado en situación de interinidad durante los últimos años. En estas condiciones, es natural que el control disciplinario que ejerce esta Sala sea deficiente y que la corrupción en el ejercicio profesional no encuentre en este control una talanquera eficaz.

En Colombia es entonces el Estado quien disciplina a los juristas y su tarea de control es muy deficiente. En muchos países desarrollados, en cambio, el Estado les da a los miembros de la profesión jurídica (algo parecido ocurre con los médicos) la posibilidad de asociarse y de regularse, e impone así una disciplina interna a través de los colegios de abogados. Este modelo no solo es eficiente en términos económicos y burocráticos, sino que es compatible con la libertad profesional y de asociación. Sin embargo, para que un modelo así funcione bien, es necesario que los juristas cumplan con el deber de autorregularse y que exista una cultura jurídica que enaltezca la importancia de lo público y la dignidad de la profesión.

Diferenciación profesional y cultura jurídica

En Europa, Estados Unidos y muchos otros lugares, existe una clara diferenciación entre las subprofesiones jurídicas: profesores de Derecho, litigantes, árbitros, jueces, juristas-funcionarios y notarios pasan por un proceso de formación y de especialización distintos. Una vez ingresan a su profesión, allí ejercen durante toda su vida. En Alemania o Francia, para solo citar un par de casos, la transición de un tipo de profesión jurídica a otro es casi inexistente. Los profesores de Derecho son casi siempre profesores, los notarios son casi siempre notarios, los

jueces son casi siempre jueces y los litigantes son siempre litigantes. En algunos casos, es común pasar de una profesión a otra (de litigante a juez, por ejemplo, como ocurre en los países del *common law*), pero no hay retorno a la subprofesión anterior.

Esta diferenciación tiene sentido en términos, no solo de la calidad de los profesionales y de la necesidad de evitar los conflictos de interés, sino también de la creación de identidades profesionales. Esas identidades son la base para el buen funcionamiento de la autorregulación (ética y social) y del control que ejerce el Estado sobre los juristas. Los juristas en estos países tienen un arraigado sentido de lo público, inculcado en las facultades de Derecho (como en el caso de Alemania, que presentaremos en el capítulo 1). Eso se debe, en parte, a una cultura jurídica que establece diferencias fuertes entre estas subprofesiones (quien está en una de ellas no necesariamente está capacitado para estar en la otra) y que, en consecuencia, impone condiciones exigentes de entrada a cada una de ellas: el doctorado para ser profesor, la escuela judicial para los jueces, y preparaciones académicas y prácticas específicas de varios años para las demás profesiones. No solo la cultura cuenta; es que estas condiciones tan exigentes hacen que cada tipo de jurista, después de haber hecho tanto esfuerzo para llegar donde está, se quede en la subprofesión elegida.

En Colombia, por el contrario, los juristas cambian una o muchas veces de subprofesión jurídica o acumulan varias de ellas, como es el caso de los profesores de Derecho que ejercen al mismo tiempo el litigio o la judicatura.[14] En el mundo de la justicia, por su parte, muchos magistrados vienen del litigio y van para el litigio después de ejercer. No son pocos los abogados que quieren llegar a las altas Cortes con el propósito de convertirse en exmagistrados litigantes. En los cargos jurídicos del Estado, desde el Ministerio de Justicia hasta la Fiscalía, pasando por todos los cargos jurídicos del sector oficial, ocurre algo similar: una parte importante de los cargos está ocupada por profesionales que vienen del litigio o de la asesoría a empresas.[15] Este fenómeno alimenta la célebre

14 Este es un fenómeno usual en América Latina y, en principio, es visto como algo legítimo. En los países desarrollados, en cambio, esta es una práctica inaceptable, aunque hay que decir que hoy, por efecto de la globalización, empieza a tener aceptación en algunos casos específicos, si bien no faltan las críticas (France y Vauchez, 2017).

15 Un ejemplo de esto es el abogado Néstor Humberto Martínez, quien ha pasado del mundo de los negocios al sector público con una gran facilidad. Ha sido superintendente, ministro de varias carteras y recientemente fiscal general de la nación, pero sobre todo ha sido abogado litigante (uno de los más prestigiosos del país) y asesor jurídico de empresas, todo ello sin perder la memoria ni abandonar sus intereses cada vez que salta de un lado a otro. Pero Martínez no es el único. Hasta donde pudimos saber después de una búsqueda web, sie-

"puerta giratoria", donde un funcionario público que trabaja e incluso crea normas en un determinado ámbito institucional (salud, infraestructura, minas, etc.), se convierte luego en un litigante o en un asesor empresarial para utilizar a su favor esas mismas normas que ayudó a crear.

La calidad del derecho en un país depende en buena medida de la cultura jurídica que anima a los juristas y de la aptitud que esa cultura tiene para promover la institucionalidad, la efectividad de la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales. Esa cultura se inculca en las facultades de Derecho, se promueve por parte de protagonistas del campo jurídico (profesores prestigiosos, magistrados de las altas Cortes, decanos y abogados de prestigio) y se controla desde las instituciones, con sanción para quienes contravengan las normas jurídicas y sobre todo éticas que regulan la profesión.[16] En países como Francia y Alemania, la práctica del derecho está revestida por un aura de integridad profesional, casi sacerdotal, que todos los miembros de la comunidad jurídica protegen como parte de un patrimonio colectivo. En *Ciencia del Foro*, un libro clásico sobre la formación de los abogados publicado en 1794, se dice que el aprecio por esta profesión era tal que "al estipendio y recompensa del trabajo de los Abogados, le llamaron Honorario: nombre más noble que el que se daba al precio del trabajo de los Jueces; y el título *Honorati* significaba entre ellos, por antonomasia y excelencia, los abogados" (VV.AA., 2002, pp. 10-11). Es por eso justamente que el control ético intersubjetivo entre los juristas es tan importante como el control administrativo o judicial (Karpik, 1995).

En Colombia, los controles de la profesión jurídica son deficientes, no solo por el lado del CSJ, sino también por el lado de los controles éticos internos por parte de los protagonistas del campo jurídico. Así las cosas, una parte de la profesión jurídica está capturada por litigantes, asesores jurídicos e intereses particulares, poco inclinados a defender lo público, las instituciones y la ética jurídica. Esto no sería tan grave si no fuera porque se trata de una profesión esencial, quizás la más esencial, para el buen funcionamiento de las instituciones y, en particular, del sistema judicial.

---

te de los últimos once ministros de Justicia, y seis de los últimos ocho fiscales, han sido litigantes o han vuelto al litigio después de desempeñarse como tales.

16 El 20 de septiembre de 2017, ante los escándalos de corrupción de magistrados en la Corte Suprema de Justicia, los decanos de las facultades de Derecho sacaron un comunicado en el que reconocían su "responsabilidad académica, ética y política en la formación de los y las abogadas y extendemos nuestro compromiso en la reconstrucción de una justicia digna, accesible y transparente en Colombia" (El Espectador, 2017b). Tal vez esto sea un primer paso en la vía correcta.

Volver a tabla de contenido

1. Visión comparada: Alemania y México, dos casos opuestos de educación y regulación profesional

Con el propósito de estudiar las posibles relaciones entre educación y profesión jurídica, en este capítulo se estudiarán los casos de Alemania y México. Ambos países pertenecen a una misma tradición jurídica (la romano-germánica), pero tienen dos sistemas opuestos de regulación de los juristas: Alemania es el ejemplo de un control estricto sobre los estudiantes de Derecho y las distintas subprofesiones jurídicas, con una oferta casi monopolizada por el Estado. En cambio, México representa el caso de un sistema muy laxo, en el que hay pocos controles sobre el ejercicio del derecho, y en el que hay un marcado predominio de la oferta privada. Podría decirse que cada uno de estos países representa un modelo-tipo de una cultura jurídica particular y un sistema de regulación de la profesión jurídica. La mayoría de países europeos tiende a acercarse al modelo-tipo de Alemania, mientras que los países latinoamericanos (como Colombia) tienden a parecerse, sobre todo, al tipo mexicano.

El estudio de estos casos será útil, no solo para entender a Colombia como un país incrustado en una determinada cultura jurídica, sino también para tratar de extraer algunas lecciones valiosas para el caso colombiano. Con este objetivo en mente, este capítulo se compondrá de dos partes que estudian, respectivamente, las principales características de la educación y profesión jurídica en Alemania y México.

Nuestro propósito con esta comparación de casos opuestos no es sugerir que Colombia deba copiar el caso alemán, que sin duda funciona mejor. Ese ideal no solo es difícil de alcanzar, en el mediano plazo, sino que Colombia ha adoptado decisiones relacionadas con la educación superior (un modelo mixto, público y privado, con primacía del segundo) que lo alejan del camino seguido por los países europeos, entre ellos Alemania, en materia de formación y organización de las profesiones. Nuestro propósito es, en cambio, mostrar la diferencia entre los dos modelos y exaltar la manera como en Alemania se privilegia el interés general sobre el mercado, lo público sobre lo privado, la justicia

sobre el litigio, todo ello en contraste con lo que ocurre en México y en buena parte de Latinoamérica. Adicionalmente, nuestro propósito es poner de presente que el tipo de profesión jurídica que tenemos en Colombia no es una fatalidad a la cual debemos resignarnos, sino una opción (social y política) que hemos elegido, de manera consciente o no, desde inicios del siglo XIX, y que en un futuro próximo puede empezar a cambiar para bien de la sociedad y de los mismos profesionales del derecho.

El caso de Alemania

La educación jurídica

a) La oferta de educación jurídica

En 2016 había en Alemania 44 escuelas de Derecho y solo dos de ellas eran de carácter privado[1]. En 2015 había un total de 112.271 estudiantes de Derecho, y en el ciclo académico 2014-2015 se graduaron 9.013, y solamente una pequeñísima porción de ellos estudiaron en el sector privado (Pérez, 2017, p. 5).

En este sistema dominado por la oferta pública, todos los bachilleres pueden matricularse en los pregrados en Derecho de forma prácticamente gratuita, sin exámenes de admisión de por medio. El Estado define el número exacto de estudiantes que deben ser admitidos por cada facultad, y si una facultad rechaza a un alumno por falta de cupos, entonces el Estado le asegura su admisión en alguna otra institución (Korioth, 2006, p. 90). Algunas universidades tienen mayor prestigio que otras, pero todas tienen un nivel de calidad muy similar (Liebrecht, 2015, pp. 39-40). Estudiantes de todos los orígenes sociales tienen la oportunidad de aprender juntos y recibir una educación de buena calidad.

b) Los requisitos para ser jurista

Este sistema de formación está regido por una Ley de la Judicatura Alemana, la cual define los requisitos básicos que deben cumplir los programas de formación en Derecho. Los aspectos que no están regulados allí son definidos por cada estado local, aunque siempre en armonía con la reglamentación de los demás estados, lo cual garantiza la homogeneidad en el sistema (Pérez, 2017, p. 13). Las escuelas de Derecho tienen entonces poca libertad para definir la estructura y hasta

1 Los egresados de tres de estas escuelas no están habilitados para presentar los exámenes de Estado (Pérez, 2017, p. 5).

el contenido de sus programas, lo cual no impide que haya un gran dinamismo al interior de cada escuela de Derecho (2017, pp. 6 y 13).[2]

Los programas de Derecho tienen además un sistema de evaluación intermedia: durante los cuatro primeros semestres de su carrera, los estudiantes deben presentar cuatro grandes exámenes escritos en Derecho Civil, Penal, Público y en un tema opcional elegido por el alumno (por ejemplo, en Historia o Filosofía del Derecho). De reprobar estos exámenes, son excluidos de la facultad (Korioth, 2006, p. 95).

Las escuelas de Derecho comparten una preocupación por educar a los estudiantes en una forma específica de expresarse y de razonar. Se trata del *Gutachtenstil* (significa algo así como "el estilo de dictamen pericial" o "estilo de redacción del dictamen jurídico"), que implica que los alumnos deben formular todos sus razonamientos con la estructura de un silogismo, en el cual hay que probar cada premisa de acuerdo con una norma y al final debe brindarse un juicio de conclusión sobre un caso concreto. Este *Gutachtenstil*, puede decirse, es la base de la enseñanza jurídica alemana (y en cierta medida de todo su pensamiento jurídico), pues es el mecanismo por excelencia para comprobar que el estudiante no tiene vacíos jurídicos, que no está cometiendo fallas lógicas y que está llegando a las conclusiones adecuadas (Liebrecht, 2015, p. 49).

Por tratarse de una educación abierta y pública, lo más frecuente es que los cursos de los primeros semestres tengan una asistencia masiva, de hasta 600 estudiantes (Korioth, 2006, p. 93). Esto lleva a que las clases sean casi siempre magistrales, lo cual hace que los estudiantes tengan pocas oportunidades de participar y de practicar el *Gutachtenstil*. Según Korioth, esto se debe a que las universidades públicas reciben poca financiación estatal y por eso no han podido ampliar su planta profesoral para responder a los altos niveles de demanda de educación jurídica. En 2006, por ejemplo, la Universidad Ludwig-Maximilians contaba apenas con treinta profesores de planta, que dictaban más de nueve horas a la semana y que estaban a cargo de más de cuatro mil alumnos (p. 91).

Las exigencias y los riesgos para los estudiantes de Derecho son muy altas. Muchos reprueban las materias de los primeros semestres o deciden desertar prematuramente, y ello debido a que saben que, aun cuando no reprueben las materias, los estudiantes con promedios bajos están inhabilitados para presentar los exámenes de Estado. Incluso si logran presentar y aprobar estos exámenes, algunos estudiantes

2 Por ejemplo, hay universidades que les dan total libertad a sus estudiantes para que definan cuáles materias desean cursar y no hay exámenes al final de cada curso. Otras universidades, en cambio, les imponen a los estudiantes una malla curricular obligatoria (Pérez, 2017, p. 16).

son conscientes de que no tienen las habilidades para obtener buenos puntajes. Por eso es que algunos –más del 20 %, según Korioth (2006, p. 90)– se retiran de la universidad o solicitan un cambio de carrera incluso antes de haber presentado el primer examen de Estado.

Después de haber cursado los primeros cuatro años de materias, los estudiantes deben cursar un semestre más en el que tienen que presentar un primer examen de Estado (*Erste Juristische Staatsprüfung*) compuesto de dos partes. La primera (con un valor del 30 %) es diseñada por cada universidad y evalúa los contenidos aprendidos por el alumno durante la segunda mitad de su carrera. La segunda parte (del 70 %) es diseñada por el Ministerio de Justicia de cada estado, y es la misma para todos los estudiantes evaluados. Esta segunda parte está compuesta por seis exámenes escritos y un examen oral (Pérez, 2017, p. 6).

El primer examen de Estado evalúa grandes cantidades de contenido sobre los núcleos duros del derecho y, además, exige rigor analítico y capacidad de observación de los detalles por parte del evaluado (Liebrecht, 2015, p. 41). Los estudiantes solamente pueden presentar el examen en dos ocasiones. Y si no logran aprobarlo en estas oportunidades, entonces no tienen otra alternativa que empezar una nueva carrera.

Por estas razones, los estudiantes se preparan arduamente antes de inscribirse al examen. Unos pocos se preparan de manera individual, y la mayoría –entre el 50 y el 90 %, según estimaciones de Korioth (2006, p. 96)– deciden acudir a instituciones que los preparan específicamente para tener éxito en el examen. Estas instituciones (llamadas *Repetitorium*, porque están llamadas a repetir los contenidos de la carrera) son casi todas privadas y suelen cobrar altos costos de matrícula. Es frecuente que los estudiantes se preparen en los *Repetitorium* durante uno o dos años antes de atreverse a presentar el primer examen de Estado. Esto explica por qué, entre los que llegan a esta etapa del proceso de formación, la mayoría de estudiantes (más de dos tercios) logra aprobar este examen.

Una vez aprobado el primer examen, los estudiantes reciben un certificado por parte de su universidad y pasan a ser llamados *Juristen* (o sea juristas). Y aunque en este punto ya pueden ejercer algunas funciones, no pueden aspirar todavía a algunas subprofesiones jurídicas, como las de abogado litigante, notario o juez (Liebrecht, 2015, p. 44). Para llegar a ello deben superar una segunda etapa de formación: las prácticas profesionales (*Referendariat*) y el segundo examen de Estado.

El *Referendariat* es un periodo de práctica o de pasantía con una duración de cuatro semestres, en la que los estudiantes (o *Referendare*) tienen la oportunidad de trabajar en cuatro ambientes jurídicos: las cortes, la fiscalía, las agencias gubernamentales y las oficinas de

abogados. Y como en Alemania entienden que la formación de los juristas es un asunto de sumo interés para el Estado, a los practicantes se les considera funcionarios públicos y el Estado les ofrece una pequeña remuneración durante esta pasantía (DAJV, 2017).

Después del *Referendariat*, los practicantes presentan un segundo examen del Estado, esta vez completamente regulado, diseñado y aplicado por cada estado. Su enfoque es mucho más práctico y está compuesto por ocho exámenes escritos (que valen un 70 %) y un examen oral (30 %). El examen oral incluye una presentación de expedientes, que implica que al estudiante se le da apenas una hora para estudiar un caso y sus posibles soluciones. Luego tiene diez minutos para presentar los hechos y la solución jurídica, de memoria, ante una comisión de expertos (Liebrecht, 2015, pp. 45-46). Sin embargo, este examen oral solo pueden presentarlo aquellos que hayan aprobado previamente la parte escrita.

Al igual que en el primero, los practicantes solamente pueden presentar este segundo examen en dos oportunidades. Por eso estudian mucho antes de presentarlo y muy pocos lo reprueban (menos del 15 %). Una vez aprobado el segundo examen, los practicantes pasan a ser llamados *Volljurist* (que significa algo así como jurista pleno). En este punto los juristas se acercan ya a los 30 años de edad y, como se explicará más adelante, pueden finalmente aspirar a ser abogados (*Rechtsanwalt*), jueces, notarios, entre otros. [3]

En todo este trayecto, el reto de los estudiantes no es solo aprobar los exámenes, sino también obtener resultados destacados para poder conseguir luego un buen empleo. En particular, es casi imposible llegar a ser juez o fiscal sin haber obtenido puntajes sobresalientes en las pruebas estatales, y por eso ellos son considerados la élite jurídica en Alemania (Liebrecht, 2015, p. 46). Esto asegura que al sistema judicial lleguen los mejores y los más respetados académicamente, y esto, a su turno, fortalece y legitima las actuaciones del sistema judicial.

El sistema alemán pone un gran empeño en que sus estudiantes aprendan a ponderar objetivamente los hechos y argumentos alrededor de un determinado conflicto, mientras que se les enseña muy poco sobre la redacción de contratos (Liebrecht, 2015, p. 46). Por eso puede decirse que los juristas alemanes están formados, ante todo, para ser jueces y magistrados. Este modelo de educación responde a un ideal del jurista universal (*Einheitsjurist*), que "es el reflejo de una idea más bien

3 En 2017, Alemania tenía una tasa de aproximadamente 200 abogados por 100.000 habitantes (European Parliament, 2017, fig. 38), aunque no sabemos si en esta tasa se cuenta a todos los Juristen, a los "juristas plenos" o a los *Rechtsanwalt*.

comunitaria según la cual todos los juristas, también el abogado defendiendo intereses particulares, sirven a la administración de justicia en su totalidad, o sea a un *bonum commune*" (p. 62). Todos los juristas son considerados entonces como órganos de la administración de justicia.

El ingreso a las subprofesiones jurídicas

a) Profesores universitarios

Para ser profesor universitario en Alemania es necesario pasar por un proceso de selección que tiene al menos tres etapas, reguladas de manera general en la Ley de Educación Superior y reglamentadas por cada estado.

La primera etapa consiste en hacer un doctorado, el cual suele durar entre dos y tres años. Los estudiantes pueden empezar a cursar las materias doctorales una vez han presentado su primer examen de Estado. Durante el doctorado, deberán escribir una tesis bajo la supervisión de un profesor y normalmente serán nombrados asistentes (*Wissenschaftlicher Assistent*) de un profesor titular.

La segunda etapa empieza cuando los estudiantes se gradúan del doctorado con una calificación sobresaliente. A partir de este momento, los juristas deben empezar a trabajar en su habilitación (*Habilitation*), que consiste en desarrollar otra investigación a profundidad, pero esta vez sin supervisión alguna. Muy pocos doctores en Derecho (poco más del 2 %) optaron por terminar también la habilitación (Pérez, 2017, p.11). También se cuenta como habilitación la publicación de varios artículos en prestigiosas revistas especializadas (Research in Germany, 2017).

Al terminar la habilitación viene una tercera etapa en la que los juristas reciben el título de "docentes privados", que implica que ya son docentes capacitados para dictar clase sin ser supervisados (Korioth, 2006, p. 101). Solo entonces podrán los candidatos postularse como profesores ante las universidades que tengan puestos vacantes, aunque nunca dentro de la misma universidad en la que cursaron su doctorado. El candidato debe aportar cartas de referencia de profesores expertos en su tema, debe dar cuenta de sus trabajos de investigación previos, y debe además dictar dos clases de muestra para los estudiantes y para los profesores (Pérez, 2017, p. 12). De ser elegido como profesor, su cargo será vitalicio.

Para recorrer estas etapas no es necesario haber superado el *Referendariat* ni el segundo examen de Estado. Sin embargo, es frecuente que quienes aspiran a ser profesores opten por cumplir con estos requisitos, pues saben que si fracasan en este propósito podrán, en todo caso, emprender una nueva subprofesión jurídica (Korioth, 2006, p. 100).

Lo que rara vez ocurre es lo contrario; es decir, que juristas de otras subprofesiones (como los litigantes) pasen a ser profesores. Eso implica que la enorme mayoría de profesores han estado dedicados a la academia durante toda su vida. Por esta razón, muchos presuponen que los profesores de Derecho tienen muy poca experiencia práctica y viven desconectados de la realidad. Sin embargo, según afirma Korioth, esta apreciación es solo parcialmente cierta, pues muchos profesores sirven como conjueces y como asesores jurídicos de empresas y entidades gubernamentales (2006, p. 102).

Ahora bien, este sistema tradicional de elección de los profesores ha sido criticado no solo porque es un proceso de gran incertidumbre para los candidatos, sino también porque no logra atraer aspirantes externos al espacio de la universidad. El sistema alemán ha buscado responder a estas críticas mediante la creación de otros tres sistemas de ingreso a la carrera de profesor universitario, aunque siempre con el prerrequisito de haber cursado un doctorado.

El primer sistema alternativo es el de docente junior (*Junior-Professur*). Estos docentes son empleados de la facultad de Derecho que reciben cargas docentes, investigativas y administrativas, y están habilitados incluso para supervisar estudiantes de doctorado. Después de ser evaluados durante años, algunos de estos docentes junior podrán ser nombrados profesores (Research in Germany, 2017).

El segundo sistema es el liderazgo en un grupo de investigación, donde se encuentran quienes hayan desarrollado habilidades como investigadores independientes, bien sea como investigadores junior dentro de una universidad o en centros de investigación no universitarios. Sin embargo, este sistema no ha sido muy acogido debido a que la mayoría de facultades de Derecho siguen dándole mucha importancia a la producción académica de los candidatos, buena parte de la cual proviene justamente de la etapa de habilitación. Otro problema de este sistema es que, aunque en principio busca brindarles mayor certidumbre a los candidatos, lo cierto es que las universidades no siempre tienen las vacantes para vincular como profesores titulares a todos los docentes junior, quienes se ven entonces forzados a aplicar a otras universidades, nuevamente con la incertidumbre de si serán vinculados o no (Pérez, 2017, p. 12).

El tercer sistema (el más inusual de todos) es el de *Tenure-Track-Professur*, que no es otra cosa que un docente en carrera para ser nombrado como profesor titular. Al igual que en el caso de los docentes junior, estos profesores tienen un alto nivel de autonomía e incluso pueden manejar recursos propios. Después de un tiempo, son evaluados según unas metas establecidas previamente y pueden ser nombrados como profesores titulares (Research in Germany, 2017).

Hay, en cualquier caso, un aspecto en común entre todos los sistemas, y es que los profesores de Derecho son siempre juristas con una carrera académica sobresaliente y con un amplio bagaje académico y docente. Este talante académico es además útil para fortalecer el modelo de enseñanza del jurista universal al que se hizo referencia: al no provenir del mundo del litigio, estos profesores probablemente están más dispuestos a enseñarles a sus estudiantes que, incluso cuando sean partes en un conflicto, deben defender ante todo el interés general. Su visión posiblemente es menos adversarial y menos contenciosa que aquella que pueden defender los juristas que vienen del litigio.

b) Jueces y fiscales

Para ser juez o fiscal es necesario postularse ante el Ministerio de Justicia de cada estado y haber obtenido un puntaje sobresaliente en los exámenes de Estado (en el percentil 85 o superior). Después de que su perfil sea revisado y aceptado, el candidato es nombrado como *juez de prueba* por un periodo de entre tres y cinco años. Durante ese tiempo deberá cumplir funciones tanto de juez como de fiscal, y deberá además asumir algunas funciones administrativas propias de las autoridades judiciales. Después se evalúan las labores desempeñadas por el candidato durante este periodo de prueba y, si la evaluación es positiva, se procede a su nombramiento vitalicio como fiscal (*Staatsanwalt*) o juez (*Richter auf Lebenszeit o Richter*) (Pérez, 2017, pp. 8-9).

Una vez nombrados de forma permanente, los jueces y fiscales empiezan un lento proceso de ascenso por las escalas jerárquicas de sus respectivas ramas. Así, los fiscales empiezan trabajando en oficinas locales y pequeñas, y van avanzando paulatinamente en el escalafón fiscal. Por su parte, los jueces suelen empezar sus carreras en las cortes locales, y luego pueden pasar a trabajar en los tribunales de las grandes ciudades o en las cortes regionales de apelaciones, hasta llegar finalmente a las cortes federales.

Existe además la Academia Judicial de Alemania, la cual entrena y actualiza a los jueces y fiscales, y les ofrece un espacio para que compartan sus experiencias y obstáculos cotidianos. Cada año, más de 5.000 jueces y fiscales cursan seminarios en esta Academia (Deutsche-Richter-Akademie, 2018).

c) Abogados litigantes y colegios de abogados

Para ser abogado (es decir, para ejercer la profesión de forma independiente y estar habilitado para representar los intereses de los clientes ante las autoridades judiciales o administrativas), es necesario haber

completado la licenciatura y el *Referendariat*, y haber aprobado los dos exámenes estatales. Después de eso, es necesario inscribirse ante algún colegio de abogados (Pérez, 2017, p. 9).

El ingreso al colegio es un trámite meramente administrativo, para el cual no se exigen exámenes de ningún tipo, pero es obligatorio para ejercer como abogado. Además, para poder ser considerados como especialistas en un campo específico del derecho, los abogados deben obtener una certificación de sus respectivos colegios, para lo cual deben ejercer al menos por tres años en el área de su especialidad, tomar un curso de capacitación, y superar una evaluación teórica y práctica en la materia en la que dicen ser expertos (Pérez, 2017, p. 23). Esta evaluación debe presentarse anualmente, salvo que se acredite al menos una publicación anual en el mismo tema.

Los colegios de abogados son entes de derecho público que están encargados de habilitar, asesorar y supervisar el ejercicio profesional de los abogados litigantes. Estas labores incluyen la capacitación en temas de responsabilidad profesional, la resolución de conflictos entre los colegiados y sus clientes, y muy especialmente la vigilancia y sanción de los abogados ante posibles incumplimientos de sus deberes profesionales. Finalmente, hay una confederación de colegios (el Colegio Nacional de Abogados) que representa y divulga los intereses de los abogados en el nivel nacional e internacional (Pérez, 2017, p. 22).

d) Notarios

En Alemania hay dos tipos de notarios. Primero, los notarios profesionales o en exclusividad (*Hauptberufliche Notare*), que son vitalicios y se dedican exclusivamente a cumplir tareas notariales. Segundo, los abogados notariales (*Anwaltsnotare*), que son abogados practicantes que paralelamente se desempeñan también como notarios (Pérez, 2017, p. 10). Los notarios exclusivos operan en al menos dos tercios del territorio nacional, pero representan más o menos el 20 % del total de notarios del país (Bundesnotarkammer, 2017).

Para ser notario, como para ser juez, es necesario haber obtenido resultados sobresalientes en los exámenes de Estado, pero además es requisito: trabajar como abogado litigante por al menos cinco años, ejercer como asesor de notario, ejercer como notario candidato por al menos tres años, aprobar los exámenes de ingreso a la carrera notarial, además de superar otras pruebas que buscan medir sus calidades personales y sus capacidades para ser notarios. El Ministerio de Justicia de cada estado es el encargado de aprobar las solicitudes de quienes aspiran a ser notarios asistentes, mientras que el Ministerio de Justicia

Federal se encarga de nombrar a los notarios de forma permanente una vez haya puestos vacantes (Pérez, 2017, p. 10).

Todos los notarios son parte del sistema judicial alemán, pero hay distintas restricciones frente a cada tipo de notario. Los notarios profesionales tienen prohibido, no solo ejercer otras profesiones, sino incluso relacionarse con los miembros de otras subprofesiones jurídicas (Bundesnotarkammer, 2017). En el caso de los abogados notariales, la ley busca evitar los conflictos de interés por medio de múltiples prohibiciones de intervención. Por ejemplo, los abogados notariales tienen prohibido ser notarios en un asunto en el que hayan servido como asesores, y viceversa. En cualquier caso, los notarios deben afiliarse al colegio de notarios de su respectiva región, y son vigilados por los tribunales de sus respectivas regiones.

Ahora bien, es preciso admitir que muchas de estas fortalezas del modelo alemán esconden al mismo tiempo algunos problemas. Por ejemplo, hay quienes dicen que es un sistema demasiado regulado y que el Estado tiene un poder sin precedentes para definir quiénes son idóneos para ser abogados (Zweigert y Hein, 2002, p. 20). Otros afirman que los exámenes de Estado tienen un efecto paralizante en los programas de Derecho, pues la mayoría de estos no enseñan asignaturas de gran importancia solo por el hecho de que no serán evaluadas en los exámenes de Estado (por ejemplo, las materias de Derecho Europeo o Derecho Ambiental, o Sociología Jurídica) (Korioth, 2006, p. 104). Otros más señalan que es un sistema que le da demasiada importancia al conocimiento doctrinario que es evaluado por los exámenes estatales, y en esa medida marginaliza otras formas no doctrinarias de conocimiento jurídico (Dedek, 2016, p. 13). Finalmente, también se critica la larga duración de la formación universitaria y la poca formación práctica que reciben los estudiantes (Pérez, 2017, p. 17).

El caso de México

El sistema mexicano es una especie de contracara del sistema alemán, y sus principales características son las siguientes:

La educación jurídica

a) La oferta de educación jurídica

En el ciclo académico 2017-2018 había en México 2.281 licenciaturas de Derecho que se ofrecían en 1.822 IES (90 % privadas y 10 % públicas). Algunos estados concentran buena parte de las IES que ofrecen derecho, como Puebla, con 158 IES, o México, con 212 (CEEAD, 2018). En 2014 había un poco más de 255.000 estudiantes de Derecho, y en 2016 se

expidieron más de 41.000 cédulas profesionales, la mayoría de ellas pertenecientes al sector privado (CEEAD, correspondencia privada, 2017).

Este es un sistema, en contraste con lo que ocurre en Alemania, dominado por la oferta privada, donde hay una gran disparidad de costo y de calidad entre los programas. Esta disparidad entraña una cierta segregación de clase: los estudiantes de las mejores IES privadas –que suelen ser las más costosas– tienen un nivel socioeconómico más alto que los estudiantes de los demás programas (Pérez, 2009, p. 191).

b) Los requisitos para titularse como abogado

Los requisitos generales para obtener la cédula profesional y poder ejercer como abogado en México son los siguientes: el estudiante cursa todas las materias de la licenciatura, cumple los requisitos de titulación establecidos por su IES y recibe el título profesional. Luego, sin necesidad de presentar ningún examen de Estado o de superar ningún control posterior, registra su título ante la Dirección Nacional de Profesiones y recibe su cédula (Pérez, 2009, p. 189).

En México hay un refrán popular que dice que para licenciarse en Derecho solamente hay que hacer dos cosas: inscribirse y no morirse. De hecho, la facilidad con que se puede llegar a ser abogado suele ser una razón importante para que los estudiantes elijan esta carrera, que además está entre las tres carreras con mayor demanda en todo el país (Pérez, 2006b, p. 2; 2009, p. 52).

Los detalles de este proceso pueden variar entre una institución y otra, pues cada IES goza de una gran libertad para definir la estructura y el nivel de dificultad de sus programas. Muchas IES optan por ofrecer programas cortos y poco exigentes, pues saben que así atraerán un mayor número de estudiantes. Por ejemplo, para graduarse de algunos programas basta con aprobar todas las asignaturas y con prestar un servicio social (que generalmente dura un semestre), sin que sea necesario elaborar una disertación o presentar exámenes de fin de carrera. A esto se lo conoce como "opción cero" o "titulación automática". También pueden recibir el título de abogados quienes prueben que han trabajado en asuntos jurídicos por al menos cinco años (Pérez, 2009, pp. 34-35).[4]

En cualquier caso, los requisitos para obtener el título de abogado están siempre determinados por las respectivas universidades, sin que haya ningún tipo de injerencia estatal o de los gremios de abogados en la definición de estos. Tampoco hay ningún control externo y objetivo

4 Según datos de 2001 y 2003, son muy pocos los aspirantes (menos del 1 %) que logran obtener su título por esta vía (Pérez, 2006a, p. 27). No disponemos de datos más recientes.

que, con posterioridad a la aprobación de materias, se asegure de que los egresados de los distintos planteles educativos sí cuenten con las calidades necesarias para ser abogados.

Después de graduarse, como se explicó, los egresados deben simplemente cumplir un trámite administrativo ante la Dirección General de Profesiones para poder recibir la cédula profesional que los habilitará para desempeñar todo tipo de profesiones jurídicas. Cada vez son más las personas habilitadas para ser abogadas: mientras en 2006 se expidieron 23.816 cédulas profesionales, en 2016 fueron 41.130, y entre 2010 y 2016 se expidieron más cédulas que en todo el siglo XX (CEEAD, 2017a; Pérez, 2017, p. 3).

Los programas de Derecho que se ofrecen a lo largo del territorio suelen ser poco selectivos (tanto académica como económicamente), y son fáciles de aprobar. Por eso parece que en algunos casos los estudiantes deciden estudiar Derecho casi que por defecto o por descarte. Por ejemplo, en las IES privadas de menor calidad o con poca trayectoria, el 35 % de los estudiantes no tenían al derecho como su primera opción profesional, pero terminaron eligiéndolo porque no fueron admitidos para cursar otra carrera o porque esa otra carrera no era ofrecida en su localidad (Pérez, 2009, p. 88).

Los pregrados públicos han sido incapaces de responder al aumento en la demanda de educación jurídica, porque no tienen suficientes cupos y porque solamente se ofrecen en algunas partes del territorio nacional. Las IES privadas han llenado velozmente este vacío dejado por el Estado. En el ciclo académico 1997-1998, había 297 IES privadas que ofrecían pregrados de Derecho y correspondían al 82 % de la oferta. En 2006-2007 ya eran 822 IES privadas con pregrados en Derecho (88 % del total) y, después, en 2016-2017 la cifra alcanzó las 1.624 IES (92 %) (CEEAD, 2017b; Pérez, 2009, p. 50). Esto implica que la cantidad de IES privadas se ha multiplicado por 5,5 en apenas dos décadas, y que el papel de las IES públicas es cada vez porcentualmente menor (aunque su papel social y académico sigue siendo muy significativo). En periodos como 2012-2014, se crearon en promedio tres nuevas escuelas de derecho cada semana, la gran mayoría de carácter privado (CEEAD, 2017b). La mayoría de esas IES privadas pertenece a familias, empresas o congregaciones religiosas (Pérez, 2009, p. 60).

Una de las principales causas de esta expansión ha sido la falta de regulación y de controles para la creación de nuevos programas en Derecho: se necesita simplemente un salón de clase, unos pocos profesores con bajos salarios, una biblioteca muy modesta y poco (o nada) de inversión en investigación. Esto es especialmente cierto para los programas con matrículas pequeñas (es decir, con 100 estudiantes o

menos), los cuales representaban el 51 % de la oferta en el ciclo académico 2006-2007 (Pérez, 2009, pp. 26 y 53).

La normatividad que regula la creación de nuevos pregrados de Derecho es laxa si se considera que cualquier IES privada puede ofrecer estos programas sin contar con una autorización oficial, pues se entiende que los particulares gozan de la garantía individual para ofrecer educación en todos los niveles. Sin embargo, solamente los egresados de unas ciertas IES pueden recibir una cédula profesional de abogados, así que hay muchos egresados que nunca podrán intervenir ante autoridades judiciales o contencioso-administrativas.[5] En todo caso, la autorización para otorgar títulos académicos aptos para solicitar luego una cédula profesional es fácil de conseguir y se la conceden a la mayoría de los solicitantes.[6]

El Estado cuenta con una herramienta que busca aumentar los estándares de calidad. Se trata de un proceso de acreditación de calidad al que voluntariamente se someten las IES, y que implica un ejercicio de autoevaluación y de evaluación externa a partir de unos parámetros de calidad fijados por un organismo gubernamental. Sin embargo, los efectos de este proceso de acreditación son muy limitados por dos razones: primero, las IES evaluadas solo buscan ajustarse a los parámetros estatales, pero no buscan superarlos ni proponer modelos innovadores; y segundo, las IES privadas no tienen ningún incentivo para someterse a los procesos de acreditación, y por eso hasta 2009 ninguna había sido acreditada (Pérez, 2009, pp. 38-39).

El ingreso a las subprofesiones jurídicas

a) Profesores universitarios

Los requisitos para ser profesor en México son relativamente fáciles de cumplir y su nivel de exigencia depende en buena medida de la voluntad política de cada universidad. Esto se aplica a todos los programas universitarios, pero es especialmente cierto en los programas

5 Solamente pueden optar por la cédula profesional los egresados que hayan estudiado en: 1) una IES pública; 2) una IES privada que haya incorporado sus estudios a una IES pública; 3) una IES privada que cuente con un Reconocimiento de Validez Oficial (conocido como RVOE). En 2006, solamente el 71 % de los programas de derecho cumplía con alguno de estos tres requisitos y había al menos 65 formas de obtener el RVOE (Pérez, 2006a, p. 7 y 20). Estas son evidencias del desorden y la heterogeneidad de la regulación de la educación jurídica mexicana.

6 Para conceder esta autorización se exigen unas condiciones mínimas de enseñanza, pero no unos estándares mínimos de calidad. Por eso hay IES privadas que ofrecen licenciaturas de derecho con una duración de solamente 2 años y 8 meses, o que tienen pocos profesores y bibliotecas pobres (Pérez, 2006a, p. 14; 2009, pp. 27, 49, 54).

de Derecho, al menos por dos razones: no están obligados a contratar profesores de tiempo completo y no suelen ser fuertes en investigación académica.

Por un lado, los pregrados de Derecho son considerados como programas prácticos, en el sentido de que sus estudiantes se dedicarán primordialmente a un oficio práctico. Por esa razón, los pregrados de Derecho no están obligados a contratar profesores de tiempo completo (que tienen un perfil académico y profesional más alto) y entonces optan por contratar mayoritariamente profesores de asignatura (Pérez, 2006, pp. 15 y 16). De hecho, muy pocas IES tienen profesores de tiempo completo, y más del 90 % de los profesores de Derecho combinan la enseñanza con el ejercicio profesional, siendo la enseñanza una fuente secundaria –y a veces insignificante– de ingresos económicos (Pérez, 2009, pp. 26 y 54).

Por otro lado, también debido al carácter práctico del programa de Derecho, no se exige que los profesores tengan un perfil investigativo y mucho menos que cuenten con formación doctoral. Esto tiene que ver con el hecho de que en menos del 25 % de las IES que ofrecen derecho se desarrolla algún tipo de actividad investigativa. Se prefiere, pues, a los abogados practicantes antes que a los profesores-investigadores. Sin embargo, según una encuesta del año 2004, el 28 % de los estudiantes afirma que sus programas no tienen un enfoque suficientemente práctico (Pérez, 2009, p. 152), razón por la cual puede intuirse que los profesores practicantes no quieren o no están preparados para transmitir adecuadamente sus conocimientos sobre el ejercicio cotidiano de la abogacía.

b) Jueces

Cada cargo del Poder Jurisdiccional tiene diferentes requisitos, dependiendo de la jerarquía. No obstante, en términos generales, los requisitos para ser juez o magistrado en México son: un cierto número de años de experiencia profesional y haber superado un concurso (que puede ser un concurso interno de oposición o de oposición libre). Este concurso tiene tres fases: un examen escrito, la resolución de un caso práctico y un examen oral.

Una vez ingresan a la carrera, los jueces y magistrados asumen sus funciones temporalmente, por un periodo de seis años. Si son ratificados después de ese periodo, entonces serán nombrados de manera permanente. En las convocatorias a magistrados de circuito solo pueden participar quienes ya sean jueces de circuito; mientras que para las plazas de jueces de distrito solamente pueden postularse quienes ya se encuentren vinculados a la Rama Judicial (por ejemplo, los secretarios generales de

una corte o los secretarios de juzgados de distrito). Esto implica que hay un sistema de ascenso progresivo en la jerarquía judicial.[7]

c) Abogados litigantes y colegios de abogados

En México es obligatorio obtener una cédula profesional para poder ejercer la profesión jurídica de manera independiente, pero hay dos problemas. El primero es que la cédula profesional es necesaria solamente para intervenir como mandatario o asesor ante las autoridades judiciales y administrativas, pero no para prestar asesorías jurídicas o cumplir otros muchos oficios jurídicos. En términos prácticos, eso significa que muchos graduados pueden ejercer su profesión sin verse en la necesidad de tramitar su cédula (Pérez, 2009, p. 36).

El segundo problema es que algunas licenciaturas de Derecho no son ofrecidas con este nombre, sino con nombres más específicos, como licenciatura en Derecho Fiscal o licenciatura en Consultoría Jurídica. En estos casos, la cédula profesional debe corresponderse exactamente con el título de la licenciatura, pero no es claro qué implicaciones tiene esa diversidad en las denominaciones de las cédulas. Por ejemplo, si una cédula indica que alguien es licenciado en Consultoría Jurídica, no es claro qué tipo de actuaciones puede adelantar ese abogado, ni en qué materia, ni ante qué autoridades (Pérez, 2009, pp. 36 y ss.).

Sumado a este desorden de las cédulas profesionales está el hecho de que en México no rige la colegiatura obligatoria. Eso sí, los abogados pueden colegiarse de manera voluntaria, para lo cual necesitan presentar el título de abogado y la recomendación de dos miembros colegiados. La regulación del ejercicio profesional es facultad de cada entidad federativa, así que las normas que regulan la colegiatura voluntaria en México son muy heterogéneas.

d) Notarios

Los requisitos para ser notario están definidos por cada ley local, pero en casi todos los casos se exige que el candidato sea jurista, que tenga experiencia profesional de entre tres y cinco años, y que haya hecho una práctica notarial de entre ocho meses y cinco años bajo la supervisión de un notario. En algunos casos, se exige además que el candidato apruebe un examen de oposición. Por ejemplo, para ser notario en el Distrito Federal se necesita una práctica notarial de al menos doce meses y aprobar un examen de ingreso que contiene una sección práctica y otra teórica.

7 Sobre este sistema de ingreso a la carrera judicial, véanse los artículos 110 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

***

El modelo alemán tiene dos grandes virtudes que son importantes para pensar en el caso colombiano. La primera es la amplitud de la oferta pública de alta calidad. Un sistema de este tipo garantiza la homogeneidad y los altos niveles de la educación jurídica (lo cual es una garantía sobre la calidad de los juristas) y, además, asegura que los jóvenes de todas las clases reciban una buena formación y estudien juntos (lo cual es un antídoto contra la desigualdad).

La segunda virtud es que se toma en serio la importancia social y, sobre todo, institucional de los juristas. Por eso impone altos niveles de exigencia en la educación jurídica, los cuales luego, en el ejercicio profesional, se traducen en niveles de autorregulación y control elevados. Al hacer difícil el acceso a cada perfil profesional, este modelo desincentiva la transición entre una subprofesión jurídica y otra. Esto limita los conflictos de interés y contribuye a que los juristas que trabajan para el Estado asuman un compromiso firme y permanente con la defensa de lo público. Hay pruebas de que esta regulación estricta de la educación y la profesión jurídica ha llevado a que el sistema de justicia alemán sea uno de los más sólidos del mundo en términos de ausencia de corrupción, cumplimiento regulatorio y eficiencia, entre otros indicadores (Pérez, 2017, p. 1).

El caso de México es opuesto al caso alemán. La oferta pública es insuficiente, el mercado está tomado por la oferta privada y –en parte debido a lo anterior– los controles estatales son muy precarios; la autorregulación es prácticamente inexistente; no existen filtros de calidad, la profesión está fuertemente jerarquizada por razones de clase social; la transición entre subprofesiones jurídicas es social y jurídicamente aceptada; etc. Estas características parecen ser la causa de muchos de los problemas endémicos del sistema judicial mexicano.[8] Por ejemplo, Fix-Fierro ha señalado que la baja calidad y el mal comportamiento de los abogados mexicanos ha contribuido de forma importante al desprestigio y a las disfuncionalidades del sistema judicial (2008, p. 154).

Colombia, como veremos en lo que sigue, está mucho más cerca del caso mexicano que del caso alemán.

8 Así lo indicó en 2001 el informe del Reportero Especial sobre la independencia de los jueces y abogados de las Naciones Unidas (ONU, 2002; Pérez, 2010).

MARIANO SIGMAN
SANTIAGO BILINKIS

ARTIFICIAL

LA NUEVA INTELIGENCIA
Y EL CONTORNO DE LO HUMANO

DEBATE

Artificial

La nueva inteligencia y el contorno de lo humano

Mariano Sigman
Santiago Bilinkis

DEBATE

Índice

6

El terremoto educativo

Rigidez, elasticidad y plasticidad

La IA generativa y conversacional va a movilizar indefectiblemente muchos de los pilares de nuestra sociedad, como el trabajo, la educación, la salud y la política. En un escenario tan volátil es imposible predecir de manera detallada cómo tales dimensiones pueden transformarse y, junto con ellas, nuestra vida y nuestro mundo. Pero podemos al menos identificar algunos principios generales que nos orienten en este embrollo usando la siguiente analogía: algunos materiales, los rígidos, no cambian su estructura interna cuando reciben una fuerza. Otros, los elásticos, se deforman y luego recuperan su forma original. Y los materiales plásticos, como el barro, adquieren una nueva forma y la mantienen aun cuando la fuerza desaparece. Podemos ahora extrapolar cada una de estas respuestas a las transformaciones sociales. Veámoslo en un ejemplo: durante la pandemia, se produjeron cambios radicales en muchas instituciones. Pero gran parte de esas modificaciones desaparecieron tan pronto como cesó la presión impuesta por el riesgo de contagio. Fuimos más elásticos que plásticos. Este ejemplo, sin embargo, nos presenta una diferencia sustancial con respecto al impacto que puede tener la tecnología sobre la sociedad: la presión ejercida por la pandemia fue transitoria. La que nos impone la IA, en cambio, ha llegado para quedarse.

Sigamos con nuestra analogía. Muchos materiales pueden aguantar grandes fuerzas si éstas se aplican progresivamente (como una

goma elástica o un músculo) pero se parten si esa fuerza se aplica de manera demasiado brusca y veloz. En estos contextos, los sistemas plásticos resultan menos frágiles. Este parece ser el caso que aquí nos interesa: el advenimiento de la IA no será suave ni progresivo y ejercerá una fuerza abrupta en todas las aristas de la sociedad. Por supuesto que esto es solo una metáfora. La sociedad no es un resorte, ni un cuerpo rígido, ni una masa de plastilina. Pero estos conceptos nos ayudan a comprender transformaciones más complejas que, de otra forma, serían muy difíciles de conceptualizar.

Es importante recordar que muchas de las instituciones fundamentales, como el sistema legal, fueron intencionalmente constituidas con una buena dosis de rigidez, para proporcionar estabilidad en aspectos clave de nuestras sociedades. Esta rigidez las hace menos volátiles pero, por la misma razón, les da una gran inercia que les dificulta adaptarse a cambios abruptos de contexto como el de la transformación tecnológica de la IA. Es muy probable que seamos testigos, o protagonistas, de esta tensión en el futuro: un elefante pesado, en medio de una tormenta, que requiere gran agilidad.

El peligro de cambiar y el de no hacerlo

En un entorno estable, como el que nos ha acompañado la segunda mitad del siglo XX, la educación se construyó sobre una asimetría de conocimiento entre los que sabían mucho y enseñaban, y los que sabían poco y aprendían. En el aula, salvo contadas excepciones, como las escuelas rurales o en la educación por pares, los expertos son adultos y los aprendices niños. Algunos aspectos estructurales y arquitectónicos de la organización del aula, como la disposición de los bancos mirando al frente, desde donde un docente imparte el saber que los demás no tienen, reflejan y promueven este flujo unidireccional de información.

Este principio, en apariencia tan natural, puede quedar en jaque cuando el objeto de estudio cambia día a día. Precisamente porque los adultos disponen de menos tiempo y motivación para

aprender y los niños o adolescentes pueden estar —en algunos temas específicos— más informados que los adultos. Podemos apreciar esta ruptura de asimetría en un ejemplo que nos convoca a todos: ¿cuán seguido les pasaba que sus padres les pidieran ayuda? ¿Y que ahora ustedes se la pidan a sus hijos? No nos referimos a ayuda del tipo hacer una compra o lavar los platos, sino a estar en una situación en la que ellos saben más. En temas tecnológicos muchas veces los adolescentes se manejan mucho mejor que sus padres.

Douglas Adams, autor del célebre libro *The Hitchhiker's Guide to the Galaxy* propuso una definición de «tecnología» basada en tres máximas:

1. Todo lo que ya existía cuando naciste es normal y común, y simplemente es una parte natural de cómo funciona el mundo.
2. Todo lo que se inventa entre tus 15 y tus 35 años es nuevo, emocionante y revolucionario y algo a lo que quizá podrías dedicar tu carrera.
3. Todo lo que se crea después de cumplir 35 años ¡va contra el orden natural de las cosas!

En otras palabras, a medida que se aceleran los cambios, más aspectos del mundo presente pasan a ser naturales para los jóvenes y extraños para los mayores.

La llegada de la tecnología y su consecuente redistribución de conocimiento entre generaciones no es la única fuente que interpela a un sistema unidireccional de educación. Una segunda fuerza viene de avances sociales que han revisado la relación de la autoridad en toda la sociedad, y en particular en el aula: recordemos que apenas un par de generaciones atrás, por absurdo que hoy nos parezca, el castigo físico a los niños era una práctica común tanto en las casas como en las escuelas. Era fácil conseguir que hubiera silencio en el aula cuando las consecuencias de la indisciplina eran recibir un reglazo. Como padres, como educadores, y como parte activa de la sociedad, nos enfrentamos ya hace tiempo al desafío de construir bases nuevas para la autoridad. Y, a fin de cuentas, el re-

curso que está en el corazón de esta disputa es la atención. Uno de los asuntos más difíciles de resolver para cualquier maestro es que un grupo numeroso de niños «ceda» su atención de manera sostenida. Que no hablen, lancen objetos, se sumerjan en sueños o para, introducir el elemento crítico que nos incumbe, enciendan su teléfono en el que se han descargado un buen número de aplicaciones que compiten con el docente y tienen una ventaja descomunal para atraer la atención de los chicos. La atención, a su vez, está intrínsecamente ligada con la motivación.

Pese a todas estas consideraciones, en un mundo que ha cambiado vertiginosamente en pocos años, el funcionamiento de una clase hoy no es muy distinto al del siglo pasado. Esto es fuente de queja recurrente, porque el sentido común sugiere que la educación debería seguir el ritmo de cambio del mundo. Y si bien esa idea tiene sentido, debemos tomarla con cierto cuidado: sumarse imprudentemente a la ola del cambio y adoptar cada moda que emerge sin pensar los riesgos que esto puede implicar, lleva a una posición inestable e ineficiente tanto como quedarse en el otro extremo y permanecer completamente inmóviles. La virtud está en algún punto medio, el de decidir qué cambios hay que hacer y cuáles hay que ignorar, identificando los riesgos y ventajas de cada una de estas opciones.

Los cambios en el mundo de la educación suelen presentarse con una percepción de riesgo distinta a otros dominios. Nadie osaría ser muy creativo con la estructura de un puente, o con un procedimiento quirúrgico, porque se entiende que los cambios tienen que hacerse con controles que muestren que no presentan riesgos considerables. Pero, por algún motivo, muchos no pensamos en los riesgos cuando se nos ocurren ideas ingeniosas e innovadoras para mejorar la educación. Hay una presunción de que el problema es más simple de lo que parece y se tiende a ignorar las consecuencias que tendrán esos cambios a largo plazo en niños y adolescentes. En el pasado, algunos modelos educativos muy innovadores resultaron ser fracasos estrepitosos. Pero la decisión de no cambiar también tiene riesgos que la resistencia al cambio y la inercia nos llevan con frecuencia a pasar por alto. Y, probablemente, esa inde-

cisión continúe ampliando la brecha entre las habilidades que requiera de nosotros el futuro y aquellas en las que nos entrena nuestro sistema educativo presente. ¿Cuál será el impacto de la IA en los objetivos, los métodos y los contenidos de las escuelas? ¿Qué transformaciones debería experimentar la educación y qué principios no deberían cambiar? ¿Y qué riesgo es menor: cambiar en exceso o demasiado poco? En medio de una neblina inevitable, nos sumergimos en los mundos que abren estas preguntas.

El futuro, implacable e impredecible

En momentos de cambios vertiginosos, no conviene ser el equipo que corre siempre detrás de la pelota. Es importante identificar aquellas cosas que resulta necesario cambiar y, por el contrario, aquellas que son esenciales y debemos mantener. Decidir qué pelotas hay que seguir a toda costa y cuáles conviene dejar que se vayan, manteniendo la posición en el terreno.

Pongamos un ejemplo para entender cuándo la resistencia al cambio obedece al mero deseo de sostener tradiciones, y cuándo a argumentos sólidos de principios que conviene mantener. En la escuela primaria, hasta hace algunas décadas, estaba prohibido escribir con bolígrafo. Se forzaba el uso de la pluma estilográfica, como heredera del dispositivo anterior, la pluma y el tintero. Por efecto de la inercia, se daba en ese momento una importancia desmesurada al uso de una herramienta que ya no tenía ningún valor educativo per se. Hoy podríamos ceder a la tentación de hacer una analogía con la diferencia entre la escritura a mano y aquella que se realiza con ayuda de un teclado. ¿Por qué deberían los niños aprender la letra cursiva manuscrita si disponen de teclados en sus dispositivos? ¿No estaría hoy la letra manuscrita tan obsoleta como la pluma estilográfica hace unos años? Pero resulta que el uso de la letra manuscrita para escribir tiene repercusiones en el desarrollo cognitivo y de la motricidad e, incluso, en la adquisición de la competencia lectora. Aquí, la resistencia al cambio puede no ser banal y conservadora sino, por el contrario, una forma de cuidar

aspectos esenciales de la educación. Este es el ejercicio difícil: ¿qué otros cambios en la educación equivalen al reemplazo inocuo de plumas por bolígrafos y cuáles al más peligroso de bolígrafos por teclados?

La educación es la herramienta más importante de la que disponen las sociedades para modelar su futuro, tanto en el plano individual como colectivo. Por un lado, en la que ya fuera la visión de Immanuel Kant, debe empoderar a cada niño para ayudarlo a cumplir con el proyecto que imagina para sí mismo. A no repetir lo que heredó, lo que le enseñaron las figuras de autoridad que lo rodearon. La educación pública vino a interrumpir la perpetuación hereditaria de los oficios. Antes, el hijo del carpintero era carpintero; el del herrero era herrero. Cuando se impuso la educación pública, cada niño empezó a recibir una educación universal que le daba una mochila de recursos que lo equipaba para optar libremente por su camino en la vida. Lo mismo que sucedió en el dominio de los oficios ocurrió en el mundo de las ideas. La escuela renacentista tenía como propósito brindar los recursos que permitieran a los niños pensar con libertad. Esta visión entra en conflicto (aunque no irresoluble) con una concepción más utilitaria de la escuela, que puede resumirse en la expresión tan repetida de que debería prepararnos para los oficios del futuro. El problema, claro, es que, en un mundo que cambia cada día, ¿cuáles serán los oficios del futuro?

Una forma simple de pensar sobre este asunto es reducir la complejidad de las habilidades a solo dos dimensiones: su utilidad y su dificultad. No parece tener mayor sentido enseñar cosas sin valor, inútiles, y tampoco destinar parte del tiempo en el aula, recurso tan limitado, a la enseñanza de habilidades que es fácil desarrollar fuera de la escuela. Aprender a encender un fósforo puede ser útil, pero no merece ser incluido en la currícula. Este esquema nos ordena y convierte una pregunta muy amplia y compleja en otra un poco más sencilla: ¿cuáles son las áreas y disciplinas que combinan valor y dificultad? Decimos apenas un poco más sencilla porque el problema es qué hacer cuando algo que era útil o valioso deja de serlo.

Para pensar en este problema, podemos imaginar una escuela en el antiguo Egipto. Probablemente, la asignatura más importante sería Construcción de pirámides, ya que durante unos mil años erigir estas enormes estructuras era una tarea central. Sin embargo, alrededor del año 1700 a. C. la edificación de estos templos se detuvo. No obstante, no sería sorprendente que, en estas escuelas egipcias que imaginamos, se mantuviera esa asignatura en la currícula por otros cincuenta años. Pasado ese tiempo, alguien posiblemente cuestionara si no era ya el momento de asignar esas horas de cátedra a alguna habilidad distinta. Y, sin temor a equivocarnos, suponemos que la respuesta abrumadora sería que no, que obviamente había que seguir enseñando Construcción de pirámides. Algunos quizá defendieran que era una tradición, otros resaltarían la posibilidad de que quizá en el futuro volverían a construirse; otros plantearían el problema de la cantidad de profesores especializados que se quedarían sin trabajo. Pasados otros cincuenta años, tal vez, reaparecería el cuestionamiento y, un siglo más tarde, se haría finalmente el cambio de asignatura. Esta historia apócrifa, igual que el ejemplo reciente de la pluma y el bolígrafo, muestra lo difícil que resulta aceptar que algo que era muy útil ha dejado de serlo.

Ahora nos queda abordar el caso opuesto: ¿qué sucede cuando algo que era valioso y difícil mantiene su utilidad, pero pierde su dificultad? Para analizar este escenario, pensemos en lo que sucedió con las operaciones aritméticas cuando apareció la calculadora. A partir de ese momento, resolver la suma o el producto de dos números de varias cifras, que era un procedimiento trabajoso y que tomaba cierto tiempo, se resolvía con solo apretar unos pocos botones. ¿Significaba eso que ya no tenía sentido enseñar a sumar y a multiplicar? La respuesta es que algunas cosas sí y otras no.

En primer lugar, el concepto mismo de cada operación, la idea de que las cantidades pueden sumarse y combinarse, o fraccionarse, es un ladrillo importantísimo del pensamiento que se extiende a todo el razonamiento, mucho más allá de la aritmética. La calculadora simplifica el proceso para obtener un resultado, pero no reemplaza el aprendizaje de este concepto fundamental. En segundo lugar, está el proceso de memorizar las tablas de multiplicar y poder

resolver con destreza y velocidad otros cálculos mentales muy simples. Aun si son odiadas por muchos, las tablas seguirán resultando importantes, dado que no queremos tener que recurrir a un dispositivo externo cada vez que vamos a una tienda a comprar varias unidades de lo que sea o nos devuelven cambio. No es casual que aprendamos las tablas hasta el 10, que nos dan el entorno numérico que podemos encontrar con frecuencia en la vida cotidiana. El manejo ágil y versátil de los números pequeños es una herramienta fundamental de la inteligencia humana.

Así como estos dos aspectos de la aritmética siguen siendo necesarios, otros se vuelven obsoletos, por ejemplo, aprender a implementar a rajatabla un algoritmo de multiplicación, que nos permite resolver sin calculadora cuentas como 456 × 348, siguiendo pasos memorizados (multiplicar el de la derecha por el de la derecha, anotar la unidad, «llevarse» la decena, etc.). Aplicar esa receta no requiere entender nada sobre la matemática y se puede hacer sin pensar, y, sin embargo, cubre buena parte de las horas dedicadas a este tema en el aula y su aplicación mecánica es una parte central de lo que se evalúa. En muchos casos, incluso, se interpone en el camino del aprendizaje conceptual de fondo. En definitiva, lo interesante del algoritmo es crearlo y pensarlo, no aplicarlo ciegamente. Una solución a este problema concreto es el uso del ábaco, que permite internalizar un algoritmo, establecer representaciones intermedias en nuestra red neuronal y adquirir la virtud general de embeber la aritmética en el espacio y el movimiento. El ábaco es una posible «lapicera» para reemplazar a viejos algoritmos de multiplicar que hacen las veces de la pluma estilográfica de la aritmética.

El sedentarismo intelectual

En el capítulo tres, hemos contemplado los problemas que encontraría un adulto criado hace diez mil años para sobrevivir en el presente. Aquí conviene hacer el ejercicio contrario. ¿Qué nos pasaría a nosotros, con toda nuestra formación y cultura acumulada

durante siglos, si hiciéramos un viaje al pasado? Casi con seguridad, nosotros estaríamos más desvalidos en la prehistoria que un cavernícola en el presente. En ese mundo primitivo, encender un fuego para cocer los alimentos o para calentarnos resultaba crucial para la supervivencia, pero no había fósforos. Y la mayoría de nosotros no sabemos cómo crear una llama a partir de piedras o palitos. Tampoco recordamos cómo navegar sin GPS o conseguir alimento si no hay supermercados. En definitiva, la incorporación de herramientas que hicieron nuestra vida más sencilla nos hizo perder muchísimas habilidades.

Actualmente corremos el riesgo de perder capacidades que son esenciales. Hay muchos pilares básicos de la cognición que son vitales para el pensamiento. Estos incluyen, entre otros, la capacidad de concentrarnos, la competencia lectora, el buen uso del lenguaje y el pensamiento lógico y matemático. Algunos ladrillos fundamentales no cambian. La clave, entonces, es separar lo importante de lo accesorio para no dejar por completo en manos de las máquinas aquellas habilidades que no deberíamos perder. Si el escenario futuro es muy incierto, debemos asegurarnos de no perder este tipo de capacidades que ayudan a que cada persona sea autónoma en distintas áreas del pensamiento. Algunas corrientes reformistas de la escuela basan sus decisiones en un enfoque que cobra cada vez más impulso: una visión clientelista de la educación que tiene que ser vendida, como buen producto de marketing, a sus consumidores, los estudiantes y sus padres. Y, por lo tanto, tiene que ser divertida, colorida, original y, además debe justificar, en cada uno de los tramos, la utilidad inmediata y evidente de lo que se está enseñando. Este enfoque marketiniano y cortoplacista de la educación presenta un riesgo sustancial: que dejemos de enseñar el valor del esfuerzo y de la concentración, del permanecer tres horas sentados, enfocados en algo difícil con la intención de resolverlo. Podemos incluso olvidar que, para llegar a lugares bellos, es indefectible a veces pasar por lugares difíciles y oscuros y que para eso hace falta tenacidad y resiliencia.

Perder la capacidad de calcular, de mantener la atención o de realizar durante un tiempo un esfuerzo deliberado para resolver un

problema difícil, forma parte de un fenómeno que llamamos *sedentarismo cognitivo*. Este concepto resultará más claro con un ejemplo del ámbito del cuerpo. Hace más de cien años que tenemos máquinas que nos transportan y podríamos imaginar un escenario futuro en el que directamente dejemos por completo de caminar y recurramos a la ayuda de un dispositivo para desplazarnos, ya sea un auto, una moto o un patín eléctrico. Si esto fuese posible, ¿lo elegiríamos? La mayoría pensamos que no, porque es bastante claro que renunciar por completo a la actividad física no es bueno para nuestro futuro y la falta de movimiento genera consecuencias negativas claras para nuestra salud. Y pese a saberlo, hoy en día ya caminamos mucho menos que nuestros antepasados.

Esta analogía entre el movimiento mental y el del cuerpo nos sirve para pensar cuáles pueden ser las ventajas y las desventajas de apoyarnos en la IA para muchas habilidades cognitivas. La bicicleta puede servir como ejemplo de un equilibrio razonable. Usándola mantenemos el esfuerzo, pero con el mismo trabajo logramos llegar mucho más lejos que si vamos caminando. La usamos para potenciar nuestro alcance, sin anular nuestras capacidades. El riesgo aquí radica en delegar excesivamente habilidades que sean cruciales para nuestro proceso de pensamiento y así perder autonomía en aspectos esenciales de la vida. De la misma manera en que no podemos darnos el lujo de dejar de caminar, tampoco deberíamos habilitar un uso de IA que acabe por hipotecar nuestro futuro, y que nos haga totalmente dependientes de esa herramienta.

Teniendo a disposición máquinas que nos permitan aprobar cualquier examen sin saber nada, la tentación de elegir el camino del menor esfuerzo y apoyarnos completamente en ellas será grande, pero tanto como lo es tomar un transporte en vez de caminar o correr treinta minutos hasta nuestro destino. Y aquí la paradoja: los que confían todos sus desplazamientos a un automóvil, son los mismos que luego pasan horas en un gimnasio corriendo en una cinta. ¿Realmente queremos pasar todos los exámenes sin esfuerzo? En este punto nos puede ayudar otra metáfora: pensar a la vida como un videojuego que transcurre en un lugar desconocido que hay que ir explorando. No está claro de antemano qué es lo que hay

que hacer ni cómo. Descubrir eso es, justamente, el desafío. En el camino, encontramos herramientas y llaves cuyo uso tampoco es claro en el momento, pero que luego resultan cruciales para seguir avanzando.

La vida y la escuela funcionan de una manera similar. Vamos descubriendo nuestro rumbo a medida que avanzamos, construyendo capacidades que quizá algún día sean imprescindibles para lograr aquello que nos propongamos. La clave, entonces, es entender que la educación está repleta de llaves que pueden abrir puertas en un futuro que hoy ni siquiera podemos concebir o vislumbrar. Si aprender el contenido de un examen fuese la llave que algún día abrirá las puertas de tu proyecto de vida, ¿de verdad querrías que ahora sea ChatGPT quien abra la cerradura?

Espacio para lo nuevo

Alinear la educación con las capacidades que resultarán indispensables para el futuro implicará seguramente incorporar cosas nuevas. Por un lado, hay áreas que históricamente no recibieron suficiente atención en el sistema educativo, como el manejo de las finanzas personales o aprender a hacer una buena exposición oral. Por otro, dado que los cambios tecnológicos generan también nuevas necesidades, hoy parece esencial, por ejemplo, que los adolescentes aprendan a lidiar con los mecanismos de adicción instrumentados por los algoritmos de las redes sociales y sus posibles efectos sobre la salud mental.

Como parte de una investigación, confeccionamos una lista de veintidós áreas temáticas y la entregamos a docentes, madres, padres y estudiantes. Dentro de esas veintidós áreas, incluimos once que son hoy centrales en la currícula escolar, y otras once que no lo son. Pedimos a estos tres grupos que las calificaran de acuerdo con su importancia. Si bien casi todas fueron vistas como importantes, nueve de las once más valoradas fueron áreas que no ocupan un lugar prioritario en la currícula actual. Lo más sorprendente, quizá, es que el orden de la lista fue prácticamente idéntico en los

tres grupos. Parece que existe consenso acerca de cuáles son hoy los temas prioritarios en el tiempo limitado del aula y también acerca de que muchos de esos temas no son los que se priorizan hoy en día.

Aquí nos metemos en un terreno espinoso porque el tiempo de la escuela es finito, y por lo tanto hacer espacio para lo nuevo requiere otorgar menos importancia a otras cosas. Seguramente sea mucho más fácil consensuar la lista de asignaturas nuevas que la de áreas a eliminar. ¿Cuáles son las asignaturas del tipo Construcción de pirámides de nuestra época? ¿Qué cosas seguimos haciendo por inercia, o al menos son menos importantes para el futuro que otras que necesitamos incluir?

Por estar aún en las fases más tempranas del «videojuego de su vida», no es esperable que los chicos tengan una perspectiva clara de cuáles son las habilidades clave para su presente y sobre todo para su futuro. Pero debemos cuidarnos también del sesgo antiinnovador, al que somos más propensos los adultos. Por ejemplo, hasta hace muy poco, y quizá todavía hoy, se le asignaba mayor mérito al que tocaba el violín que a alguien que tocaba la guitarra eléctrica, así como en su momento se juzgó negativamente a los pintores impresionistas por utilizar técnicas que carecían de valor para los ojos de la época. En la actualidad, podemos ver esto mismo con los e-sports. Es muy raro que alguien critique a un niño que se esfuerza descomunalmente para convertirse en un gran tenista o gimnasta. En cambio, a un campeón del videojuego FIFA o de la League of Legends se lo ve como un ludópata y perezoso, y se considera que hace peligrar su desarrollo dedicando esa cantidad de horas a una actividad improductiva.

Podemos buscar argumentos que justifiquen esta creencia, por ejemplo el sedentarismo de los e-sports comparado con la actividad física que implica un deporte tradicional. Pero tocar el violín o jugar al ajedrez también implica muchas horas de relativa inactividad física, y en general elogiaríamos a un niño que estudiara horas y horas para poder sacar una melodía. Evidentemente, operan en este punto ciertas convenciones sobre cuáles son las actividades que tienen valor social y cuáles no, y la evidencia histórica muestra que,

cuando hemos querido identificar las capacidades y oficios que serán útiles en el futuro, hemos fracasado. Entonces, a la hora de evaluar la importancia de un oficio, lo mejor es dudar: ¿deberíamos dejar que un adolescente juegue cinco horas al Fortnite? ¿Ser *gamer* es un arte? ¿Por qué eso sería diferente de ser un buen pianista, si ambas actividades consisten en mover eficientemente los dedos sobre un montón de botones? Deberemos tener cuidado con la distorsión de la perspectiva adulta.

Finalmente, si bien es cierto que los chicos pueden no saber aún con precisión qué es lo importante para su futuro, es imprescindible lograr que crean profundamente en el valor de lo que se les enseña. Porque si están convencidos de que lo que estudian no les sirve, la profecía se cumple.

¿Qué nos pone en movimiento?

El aprendizaje solo es efectivo si quien aprende está motivado. Esto no es un principio ético o moral, sino biológico, porque la motivación es el ingrediente indispensable para activar los mecanismos químicos cerebrales que posibilitan el aprendizaje. El neurofisiólogo Michael Merzenich descubrió, hace ya más de veinte años, que la mera repetición de un estímulo en general no alcanza para transformar las sinapsis del cerebro. Es necesario que este proceso suceda en el mismo momento en el que se activan unas neuronas, en una región profunda del cerebro conocida como el área ventral tegmental, que producen e irrigan dopamina al resto del cerebro. Solo entonces, cuando el cerebro está bañado en dopamina, se vuelve plástico y la exposición a un estímulo puede transformar sus circuitos sinápticos. De la misma manera que el barro solo es plástico cuando está húmedo, o el vidrio solo es moldeable cuando está a muy alta temperatura, los circuitos cerebrales irrigados por dopamina se vuelven maleables y predispuestos al cambio. En ausencia de este neurotransmisor, en cambio, la mayoría de los circuitos neuronales son rígidos y poco adaptables. Ahora que hemos establecido la relación entre dopamina y plasticidad nos queda «solo»

saber cuándo se activan las neuronas que la producen. Y si bien la respuesta es compleja y merecería un libro entero, puede resumirse en una frase: hay dopamina cuando estamos motivados. Por eso la motivación es una condición necesaria para el aprendizaje.

Durante muchas décadas, la motivación provenía de fuentes extrínsecas: evitar el castigo, sea en forma literal o simbólica, o el estigma de una mala nota. Todos celebramos que esas prácticas del pasado hayan caído en desuso y, sin ningún ánimo de volver a ellas, conviene entender que en el camino dejaron a la mesa sin una pata. Prescindir de aquellas motivaciones extrínsecas y negativas requiere que se las reemplace por otras intrínsecas: la curiosidad, el desafío y la certeza de que el conocimiento adquirido es valioso.

Todos los logros importantes de la vida requieren cierto grado de esfuerzo y de tolerancia a la frustración y a la fatiga. Sin embargo, en nuestros días, se vende como pan la ilusión de una educación creativa y productiva sin esfuerzo. Y así aparecen distintas versiones de una escuela «TikTokera», que mantenga a los alumnos obnubilados a un ritmo dinámico y magnético. Esto inunda el cerebro de dopamina, es cierto, pero falla por una razón que ya hemos visitado. Se está externalizando una de las cosas más importantes que un niño debe resolver: aprender a recurrir a su sistema de motivación y esfuerzo para resolver problemas difíciles, de todo tipo, útiles o no, que se encuentre en el camino. Es, para seguir nuestro concepto, un sedentarismo emocional. Ya no solo delegamos los fundamentos de la cognición en una calculadora, o el movimiento en un auto, sino los fundamentos de la motivación en un algoritmo que se vuelve estrictamente necesario para activarlos.

Razonar, memorizar, evaluar

La memoria, como el lenguaje, la atención o la motivación, es un recurso fundamental del pensamiento. La capacidad de elegir qué datos son importantes y retenerlos para usarlos más tarde es tan vital que, solo en el momento en el que la IA la adquirió a través de

los transformers, empezamos a percibirla como verdaderamente inteligente. Sin memoria, no hay pensamiento ni inteligencia, ni artificial ni humana.

Pese a ser tan esencial, en el contexto de la educación, la memoria ha tenido «mala prensa» porque se la asocia con ejercicios poco productivos, como recitar los nombres de los ríos de Europa o los años de los distintos períodos de la dinastía borbónica. Pero el problema no es el ejercicio de la memoria, sino la forma particular en que suele enseñarse. Aprender los ríos de Europa o las capitales del mundo no es importante por lo que significan esos datos. Solo cobra sentido como medio para invocar información pasada y recuperarla a voluntad, para establecer relaciones y elaborar un hilo narrativo entre la información nueva que recibimos y nuestros conocimientos previos. Por eso, para aprender realmente acerca de los ríos de Europa conviene achicar la lista y entender aspectos como qué países cruzan, qué civilizaciones dividen, qué actividad económica posibilitan y cómo se conectan con otros ríos. Este tipo de ejercicio intelectual requiere práctica y conlleva esfuerzo. El buen uso de la memoria da lugar a un aprendizaje profundo ubicado en las antípodas del conocimiento inerte, que permanece desconectado de nuestra experiencia y de los conocimientos que ya hemos adquirido.

Esto nos lleva a una idea muy estudiada en la ciencia de la educación. Ejercitar bien la memoria, y el resto del pensamiento, depende en gran medida de cómo se enseña, pero en igual o mayor medida de cómo se evalúa. La evaluación nos da una medida de qué y cuánto se ha aprendido, pero sobre todo comunica implícitamente qué es lo que se tiene que ejercitar. Es «la función de valor» de la red neuronal de un estudiante. Si en un examen de historia se pregunta un listado de fechas de muertes y nacimientos, será así como estructuren su memoria. Si se pide que retengan información de manera duradera, asociativa, entrelazada con el resto de su pensamiento, se está promoviendo el aprendizaje profundo.

En los exámenes, el mal uso de la memoria puede hacer estragos. Una idea repetida entre quienes cuestionaron los exámenes de memoria fue: «Si la respuesta a una pregunta de examen está en

Google, ¡el problema es la pregunta, no la respuesta!». Conviene atender a esta idea, pero también revisarla a la luz del sedentarismo de funciones cognitivas que ya hemos visto. El «no hace falta aprender datos de memoria porque están en Google» se parece al «no hace falta saber sumar o multiplicar porque tenemos calculadoras que lo resuelven».

Por si todo esto fuera poco, el desafío de cómo establecer buenas evaluaciones se encuentra ahora con un desafío mucho mayor: ChatGPT es a los trabajos de desarrollo y articulación de ideas lo que Google era a los exámenes de memoria. Un estudiante con acceso a las IA generativas puede responder a consignas complejas que requieren elaboración de argumentos sin saber absolutamente nada, igual que antes podían responder a un dato objetivo (buscando en Google) o a una operación numérica (usando una calculadora). ¿Qué hacemos entonces? ¿Qué enseñamos? ¿Qué evaluamos? Aquí nos sirve como brújula la idea de sedentarismo cognitivo. Que una máquina pueda realizar una función no implica que tengamos que abandonarla. No dejamos de caminar porque haya trenes. No deberíamos dejar de pensar cantidades, aunque haya calculadoras, ni de memorizar datos relevantes, aunque estén en Google. Y, de la misma manera, no parece buena idea prescindir del razonamiento ni de la elaboración de ideas aunque exista ChatGPT.

Más allá de cualquier consideración sobre teorías educativas, el chat presenta un desafío conciso y concreto. Y urgente. ¿Cómo evaluar el razonamiento si los alumnos tienen a su disposición una máquina que razona, escribe y resuelve problemas? Una de las reacciones más comunes en esta etapa inicial ha sido prohibir su uso. Es, sin duda, lo más simple. Salvo por dos inconvenientes. El primero es de orden práctico. La prohibición es incompatible con muchas formas modernas de evaluación, por ejemplo, hacer los deberes en casa. La segunda es que aleja de la escuela una herramienta que será un compañero de viaje en casi todos los dominios.

¿Cómo examinar entonces en la era del ChatGPT? Una alternativa propuesta por el psicólogo experimental Dan Ariely es recuperar la oralidad. El docente entrega, al principio del semestre o cuatrimestre, un listado detallado con todas las preguntas que pue-

den ser parte del examen final. Habilita el uso de todo tipo de material en la fase de preparación, incluyendo ChatGPT. Pero la evaluación es oral, lo que ubica a los alumnos en la situación de hacer uso del conocimiento adquirido sin usar esa ayuda externa. Esto se parece, como solución, a lo que hemos visto que sucede en el ajedrez. Ahí, la IA es una herramienta fundamental para entrenar, para producir ideas, para adquirir un estilo, para pensar. Pero luego, en la partida (salvo que se haga trampa), cada jugador va con su propio cerebro. Igual que un tenista entrena con un preparador, pero luego sale solo a la pista. La solución tiene muchas virtudes, pero también un problema práctico: es poco escalable porque es muy ineficiente para el evaluador cuando se trata de cursos grandes.

Otra estrategia similar es habilitar el uso del chat para el estudio y, al evaluar, volver al tradicional examen escrito a libro cerrado: el alumno puede prepararse con todas las herramientas, pero al momento de rendir, está solo con una hoja en blanco. El problema de este enfoque es que aleja la situación de examen de lo que habitualmente se nos presenta en la vida, donde tenemos que resolver problemas complejos pero disponemos de todas las herramientas a nuestro alcance.

¿Existen otras soluciones? Definitivamente sí, pero encontrarlas es un desafío. Vaya aquí un ejemplo que quizá resulte inspirador. En una escuela española, una profesora de inglés pidió a los estudiantes que escribieran un ensayo acerca de cierto tema. El siguiente paso era cargar la producción en ChatGPT y pedirle que realizara las correcciones que creyera precisas. Y ahora viene el truco ingenioso: el material a entregar, junto con esas dos versiones, era la revisión de cada una de las modificaciones propuestas por el chat, decir si eran o no pertinentes y justificar por qué se aceptaba o no cada uno de esos cambios. En la intuición de una gran profesora se reúnen muchos conceptos que hemos destilado sobre el buen uso de la inteligencia artificial: utilizarla en un proceso de evaluación crítica, que nos haga reflexionar e identificar dónde y cómo podemos mejorar nuestras ideas. En resumen, se trata una vez más de valernos de una conversación para aprender a pensar.

Un aula clásica y moderna

Existe mucho terreno a explorar en el uso de ChatGPT y otras IA generativas para enriquecer los métodos pedagógicos. Como en el resto de los aspectos que analizamos hasta aquí, el futuro ofrece opciones fascinantes de cooperación entre humanos y máquinas. El camino estará plagado de objeciones y resistencias como ha sucedido con la irrupción de todas las tecnologías. Sócrates fue un crítico de la escritura y un defensor de la oralidad. El filósofo, que no escribió ninguno de sus textos, en su diálogo con Fedro, decía de la escritura: «Porque es olvido lo que producirán en las almas… al descuidar la memoria, ya que, fiándose de lo escrito, llegarán al recuerdo desde fuera, a través de caracteres ajenos, no desde dentro, desde ellos mismos y por sí mismos. No es, pues, un fármaco de la memoria lo que has hallado, sino un simple recordatorio». Son argumentos parecidos a los que hemos esbozado del sedentarismo intelectual, con la ventaja de que aquí podemos pensar estas ideas a la luz de lo ocurrido. Hoy nadie cree en una defensa pura de la oralidad. Pero el argumento de Sócrates sigue siendo válido. El debate oral estimula la memoria y en cierta forma la idea vuelve a asomar en la cultura, no necesariamente en las esferas más selectas del banquete socrático. La oralidad, como ejercicio creativo y mnemónico, como ejercicio del pensamiento puro y desnudo, aparece en los barrios, en formas de rap, trap, repentismo, o tantas otras riñas de gallos que pueblan los barrios y entrenan adolescentes en el ejercicio de las ideas. Casi con certeza pasará lo mismo con el resto de las tecnologías. Veremos una coexistencia de perezosos sedentarios con creativos que la usarán para llegar a lugares nuevos.

Veremos aquí algunas ideas de cómo empezar a explorar esta sinergia en los primerísimos días de esta nueva tecnología. Un primer camino es aprovechar la gran capacidad que tienen las IA de producir material desde la perspectiva de alguien en particular. Podemos así «chatear» con personajes históricos, que el propio Einstein dé una clase para niños de diez años sobre la teoría de la relatividad. Herramientas de este estilo, nutriéndose de toda la información disponible sobre un personaje y su época, permiten

que nos vinculemos con su historia de una forma mucho más rica y cercana. ¿Cuánto aprenderíamos sobre la Revolución Francesa si pudiéramos hablar con Robespierre?

Un segundo camino es aprovechar la IA para conectar la información importante con nuestros intereses de maneras creativas y novedosas. Un adolescente muy interesado, por ejemplo, en los automóviles, podría pedirle a ChatGPT que le explicara el proceso histórico de la Segunda Guerra Mundial utilizando metáforas automovilísticas. Encontrar analogías para conectar esos dos mundos aparentemente alejados, que a un historiador podría llevarle semanas, puede ser resuelto por ChatGPT en unos pocos segundos. Eso le permitirá entrar al tema desde un lugar que conecta con sus intereses y sus conocimientos previos, facilitando la motivación y la memorización. Y la ciencia de la educación nos muestra que establecer este puente es uno de los pasos esenciales para adquirir un aprendizaje profundo.

Una tercera vía que se abre es recuperar el valor de las preguntas. Históricamente la educación puso el énfasis en entrenar la producción de respuestas. El rol del docente era preguntar y el del estudiante responder. El *prompt* nos permite rescatar la perspectiva socrática del valor de la interrogación y la conversación. En un examen clásico, hay que responder y justificar la respuesta, mostrar que somos capaces y explicitar el proceso de razonamiento. Pero es una manera poco efectiva de preguntarle a los niños sobre su propia metacognición. Es mucho más eficiente pedirle que se lo explique a un compañero. Hay contextos donde es más fácil expresar las ideas, y la conversación es una de ellas. Como ChatGPT es un buen conversador, una vía sería tratar de explicarle cómo resolver un problema y ubicarlo en el lugar de un compañero parecido a nosotros que está tratando de aprender.

También podemos utilizar la IA como un mecanismo de autoevaluación. En muchos casos, cuando estamos estudiando, tenemos la duda de si ya hemos estudiado suficiente. ChatGPT puede ser una gran herramienta también para que cada chico genere pequeños test para evaluar el estado de su propio conocimiento. Eso nos permite saber si sabemos, entender si entendimos. Podemos

así ordenar nuestro escritorio mental, realizar una suerte de inventario del estado de nuestra memoria y nuestras herramientas conceptuales.

Cada una de las ideas que hemos presentado está inspirada en principios cognitivos que son clave para promover el aprendizaje. Usarlas para calibrar nuestro conocimiento es una forma de entrenar la metacognición. Percibir la historia desde la perspectiva de los protagonistas o vincularla con los temas de interés de un alumno son formas de promover un conocimiento profundo y no inerte. Conversar con el chat como si fuese un compañero es una forma de expresar nuestras ideas en una conversación donde es más simple poder revisarlas y ordenarlas.

La zona de desarrollo próximo

Las IA conversacionales también pueden ser una solución para un problema distinto, que no tiene que ver con la psicología del aprendizaje, sino con la puesta en práctica de la educación. Una de las limitaciones más importantes del sistema educativo actual es su imposibilidad material de ofrecer un proceso de aprendizaje individualizado. En cada clase conviven algunos estudiantes que siguen el ritmo de enseñanza con otros que están perdidos porque no han entendido el tema, y otros que se aburren porque ya sabían lo que se está explicando. La limitación más evidente es que hay muchos estudiantes por cada docente, y eso hace muy difícil detectar y acompañar las dificultades y avances de cada alumno. Usar a la IA como un tutor puede indicar al profesor en tiempo real qué está comprendiendo cada estudiante y en qué aspecto particular de cada tema está trabado. Puede definir una frontera precisa entre sus habilidades y sus dificultades, e identificar contenidos y ejercicios diferenciados elaborados a la medida de cada alumno. Y también contar con un «profesor particular» que conoce en profundidad su grado de avance, las fortalezas y debilidades para consultar en todo momento fuera de clase. Conviene aclarar que esta idea, posible en el futuro, hoy aún no es viable. Una de las limitaciones más destaca-

das de los LLM es que tienen un «contexto» (digamos que su memoria a corto plazo) muy reducido, de apenas unos miles de líneas. Es lo que hace que las interacciones no puedan ser «a largo plazo», sino dirigidas a algo concreto. Hoy no se puede esperar que ChatGTP sepa de un alumno lo que hablaron hace unas semanas.

Aquí también, esta herramienta del «futuro de la educación» ofrece soluciones que están en los cimientos de la historia de la pedagogía. El gran psicólogo ruso Lev Vygotsky introdujo hace un siglo el concepto de zona de desarrollo próximo, según el cual tiene que haber una pequeña brecha entre aquello que el alumno puede hacer por sí solo y aquello que le exige un mentor. Es decir, fijar cada meta a una distancia justa, ni muy cerca ni muy lejos. Este concepto era teórico pero no práctico en el aula, porque estar a la distancia precisa de toda una clase al mismo tiempo era imposible. Hasta hoy.

Por supuesto, estas ideas tendrán que convivir con la idiosincrasia de cada espacio educativo. La escuela, en tanto que institución, debe propiciar también que los niños aprendan a estar juntos y adquieran habilidades sociales fundamentales, como compartir, ayudar al otro o tolerar la diferencia y la frustración. Optimizar el aprendizaje no es el único rol de la escuela: las cosas que suceden en el patio durante el recreo son sin duda tan importantes como las que suceden en el interior de una clase. Aprender a convivir, a transitar los desencuentros, a desarrollar la resiliencia social, a administrar las emociones en grupo y forjar amistades, seguirán siendo aventuras eminentemente humanas.

La clave, quizá, sea en efecto el buen balance, el equilibrio virtuoso. Más aún en el contraste absurdo que parece haber entre los avances tecnológicos que presentamos y las deficiencias urbanísticas y estructurales de muchas instituciones educativas de todo el mundo. ¿Qué sentido tiene estar hablando de IA cuando en muchas escuelas falta el agua, la calefacción o se cae la mampostería de los techos? ¿Hablamos de tecnología cuando existe una tremenda desigualdad y una brecha digital enorme? Aunque parezca contraintuitivo, puede que la discusión sobre educación e inteligencia artificial sea más necesaria en aquellos lugares en los que los pilares de la educación están menos consolidados. Un terremoto hace

mucho más daño en un país del Caribe que en Japón. Por un lado, porque en el país del primer mundo están preparados para resistir mejor las sacudidas de esa catástrofe natural y así minimizar los daños. Por otro, porque la precariedad de muchas otras áreas, como la frágil salud pública o la endeble red de carreteras, amplifica los destrozos y dificulta la tarea de lidiar con las consecuencias posteriores. A pesar de los déficits de infraestructura y otros problemas que ya tiene hoy la educación en los países en vías de desarrollo, la IA llegará a las escuelas muy pronto. Frente a ese escenario, es fundamental que al menos el tsunami nos encuentre preparados para aprovechar sus beneficios y frenar los potenciales daños.

SESIÓN 10

PLANETA

CONTEMPORÁNEO

ELOGIO DE LA DIFICULTAD Y OTROS ENSAYOS

ESTANISLAO ZULETA


Planetalector

ELOGIO DE LA DIFICULTAD

La pobreza y la impotencia de la imaginación nunca se manifiestan de una manera tan clara como cuando se trata de imaginar la felicidad. Entonces comenzamos a inventar paraísos, islas afortunadas, países de Cucaña. Una vida sin riesgos, sin lucha, sin búsqueda de superación y sin muerte. Y por lo tanto también sin carencias y sin deseo: un océano de mermelada sagrada, una eternidad de aburrición. Metas afortunadamente inalcanzables, paraísos afortunadamente inexistentes.

Todas estas fantasías serían inocentes e inocuas, si no fuera porque constituyen el modelo de nuestros propósitos y de nuestros anhelos en la vida práctica.

Aquí mismo, en los proyectos de la existencia cotidiana, más acá del reino de las mentiras eternas, introducimos también el ideal tonto de la seguridad garantizada, de las reconciliaciones totales, de las soluciones definitivas. Puede decirse que nuestro problema no consiste sola ni principalmente en que no seamos capaces de conquistar lo que nos proponemos, sino en aquello que nos proponemos; que nuestra desgracia no está tanto en la frustración

de nuestros deseos, como en la forma misma de desear. Deseamos mal. En lugar de desear una relación humana inquietante, compleja y perdible, que estimule nuestra capacidad de luchar y nos obligue a cambiar, deseamos un idilio sin sombras y sin peligros, un nido de amor y por lo tanto, en última instancia un retorno al huevo. En lugar de desear una sociedad en la que sea realizable y necesario trabajar arduamente para hacer efectivas nuestras posibilidades, deseamos un mundo de la satisfacción, una monstruosa salacuna de abundancia pasivamente recibida. En lugar de desear una filosofía llena de incógnitas y preguntas abiertas, queremos poseer una doctrina global, capaz de dar cuenta de todo, revelada por espíritus que nunca han existido o por caudillos que desgraciadamente sí han existido.

Adán y sobre todo Eva tienen el mérito original de habernos liberado del paraíso, nuestro pecado es que anhelamos regresar a él.

Desconfiemos de las mañanas radiantes en las que se inicia un reino milenario. Son muy conocidos en la historia, desde la antigüedad hasta hoy, los horrores a los que pueden y suelen entregarse los partidos provistos de una verdad y de una meta absolutas, las iglesias cuyos miembros han sido alcanzados por la gracia —por la desgracia— de alguna revelación. El estudio de la vida social y de la vida personal nos enseña cuán próximos se encuentran una de otro la idealización y el terror. La idealización del fin, de la meta y el terror de los medios que procurarán su conquista. Quienes de esta manera tratan de someter la realidad al

ideal, entran inevitablemente en una concepción paranoide de la verdad; en un sistema de pensamiento tal que los que se atrevieran a objetar algo quedan inmediatamente sometidos a la interpretación totalitaria: sus argumentos, no son argumentos, sino solamente síntomas de una naturaleza dañada o bien máscaras de malignos propósitos. En lugar de discutir un razonamiento se le reduce a un juicio de pertenencia al otro —y el otro es, en este sistema, sinónimo de enemigo— o se procede a un juicio de intenciones. Y este sistema se desarrolla peligrosamente hasta el punto en que ya no solamente rechaza toda oposición, sino también toda diferencia: el que no está conmigo está contra mí, y el que no está completamente conmigo, no está conmigo. Así como hay, según Kant, un verdadero abismo de la razón que consiste en la petición de un fundamento último e incondicionado de todas las cosas, así también hay un verdadero abismo de la acción, que consiste en la exigencia de una entrega total a la «causa» absoluta y concibe toda duda y toda crítica como traición o como agresión.

Ahora sabemos, por una amarga experiencia, que este abismo de la acción, con sus guerras santas y sus orgías de fraternidad no es una característica exclusiva de ciertas épocas del pasado o de civilizaciones atrasadas en el desarrollo científico y técnico; que puede funcionar muy bien y desplegar todos sus efectos sin abolir una gran capacidad de inventiva y una eficacia macabra. Sabemos que ningún origen filosóficamente elevado o supuestamente divino, inmuniza a una doctrina contra el riesgo de caer en la interpretación propia de la lógica paranoide que afirma un

discurso particular —todos lo son— como la designación misma de la realidad y los otros como ceguera o mentira.

El atractivo terrible que poseen las formaciones colectivas que se embriagan con la promesa de una comunidad humana no problemática, basada en una palabra infalible, consiste en que suprimen la indecisión y la duda, la necesidad de pensar por sí mismo, otorgan a sus miembros una identidad exaltada por participación, separan un interior bueno, el grupo, y un exterior amenazador. Así como se ahorra sin duda la angustia, se distribuye mágicamente la ambivalencia en un amor por lo propio y un odio por lo extraño y se produce la más grande simplificación de la vida, la más espantosa facilidad. Y cuando digo aquí facilidad, no ignoro ni olvido que precisamente este tipo de formaciones colectivas se caracterizan por una inaudita capacidad de entrega y sacrificios; que sus miembros aceptan y desean el heroísmo, cuando no aspiran a la palma del martirio. Facilidad, sin embargo, porque lo que el hombre teme por encima de todo no es la muerte y el sufrimiento, en los que tantas veces se refugia, sino la angustia que genera la necesidad de ponerse en cuestión, de combinar el entusiasmo y la crítica, el amor y el respeto.

Un síntoma inequívoco de la dominación de las ideologías proféticas y de los grupos que las generan o que someten a su lógica doctrinas que les fueron extrañas en su origen, es el descrédito en que cae el concepto de respeto. No se quiere saber nada del respeto, ni de la reciprocidad, ni de la vigencia de normas universales. Estos valores aparecen más bien como males menores propios de un resig-

nado escepticismo, como signos de que se ha abdicado a las más caras esperanzas. Porque el respeto y las normas solo adquieren vigencia allí donde el amor, el entusiasmo, la entrega total a la gran misión, ya no pueden aspirar a determinar las relaciones humanas. Y como el respeto es siempre el respeto a la diferencia, solo puede afirmarse allí donde ya no se cree que la diferencia pueda disolverse en una comunidad exaltada, transparente y espontánea, o en una fusión amorosa. No se puede respetar el pensamiento del otro, tomarlo seriamente en consideración, someterlo a sus consecuencias, ejercer sobre él una crítica, válida también en principio para el pensamiento propio, cuando se habla desde la verdad misma, cuando creemos que la verdad habla por nuestra boca; porque entonces el pensamiento del otro solo puede ser error o mala fe; y el hecho mismo de su diferencia con nuestra verdad es prueba contundente de su falsedad, sin que se requiera ninguna otra. Nuestro saber es el mapa de la realidad y toda línea que se separe de él solo puede ser imaginaria o algo peor: voluntariamente torcida por inconfesables intereses. Desde la concepción apocalíptica de la historia, las normas y las leyes de cualquier tipo son vistas como algo demasiado abstracto y mezquino frente a la gran tarea de realizar el ideal y de encarnar la promesa; y por lo tanto solo se reclaman y se valoran cuando ya no se cree en la misión incondicionada.

Pero lo que ocurre cuando sobreviene la gran desidealización no es generalmente que se aprenda a valorar positivamente lo que tan alegremente se había desechado o estimado solo negativamente; lo que se produce entonces,

casi siempre, es una verdadera ola de pesimismo, escepticismo y realismo cínico. Se olvida entonces que la crítica a una sociedad injusta, basada en la explotación y en la dominación de clase, era fundamentalmente correcta y que el combate por una organización social racional e igualitaria sigue siendo necesario y urgente. A la desidealización sucede el arribismo individualista que además piensa que ha superado toda moral por el solo hecho de que ha abandonado toda esperanza de una vida cualitativamente superior.

Lo más difícil, lo más importante, lo más necesario, lo que de todos modos hay que intentar, es conservar la voluntad de luchar por una sociedad diferente sin caer en la interpretación paranoide de la lucha. Lo difícil, pero también lo esencial, es valorar positivamente el respeto y la diferencia, no como un mal menor y un hecho inevitable, sino como lo que enriquece la vida e impulsa la creación y el pensamiento, como aquello sin lo cual una imaginaria comunidad de los justos cantaría el eterno hosanna del aburrimiento satisfecho. Hay que poner un gran signo de interrogación sobre el valor de lo fácil; no solamente sobre sus consecuencias, sino sobre la cosa misma, sobre la predilección por todo aquello que no exige de nosotros ninguna superación, ni nos pone en cuestión, ni nos obliga a desplegar nuestras posibilidades.

Hay que observar con cuánta desgraciada frecuencia nos otorgamos a nosotros mismos, en la vida personal y colectiva, la triste facilidad de ejercer lo que llamaré una no reciprocidad lógica; es decir, el empleo de un método explicativo completamente diferente cuando se trata de dar

cuenta de los problemas, los fracasos y los errores propios y los del otro cuando es adversario o cuando disputamos con él. En el caso del otro aplicamos el esencialismo: lo que ha hecho, lo que le ha pasado es una manifestación de su ser más profundo; en nuestro caso aplicamos el circunstancialismo, de manera que aún los mismos fenómenos se explican por las circunstancias adversas, por alguna desgraciada coyuntura. Él es así; yo me vi obligado. Él cosechó lo que había sembrado; yo no pude evitar este resultado. El discurso del otro no es más que un síntoma de sus particularidades, de su raza, de su sexo, de su neurosis, de sus intereses egoístas; el mío es una simple constatación de los hechos y una deducción lógica de sus consecuencias. Preferiríamos que nuestra causa se juzgue por los propósitos y la adversaria por los resultados.

Y cuando de este modo nos empeñamos en ejercer esa no reciprocidad lógica, que es siempre una doble falsificación, no solo irrespetamos al otro, sino también a nosotros mismos, puesto que nos negamos a pensar efectivamente el proceso que estamos viviendo.

La difícil tarea de aplicar un mismo método explicativo y crítico a nuestra posición y a la opuesta no significa desde luego que consideremos equivalentes las doctrinas, las metas y los intereses de las personas, los partidos, las clases y las naciones en conflicto. Significa, por el contrario, que tenemos suficiente confianza en la superioridad de la causa que defendemos como para estar seguros de que no necesita, ni le conviene, esa doble falsificación con la cual, en verdad, podría defenderse cualquier cosa.

En el carnaval de miseria y derroche propio del capitalismo tardío se oye a la vez lejana y urgente la voz de Goethe y Marx que nos convocaron a un trabajo creador, difícil, capaz de situar al individuo concreto a la altura de las conquistas de la humanidad.

Dostoievski nos enseñó a mirar hasta dónde van las tentaciones de tener una fácil relación interhumana: van no solo en el sentido de buscar el poder, ya que si no se puede lograr una amistad respetuosa en una empresa común se produce lo que Bahro llama intereses compensatorios: la búsqueda de amos, el deseo de ser vasallos, el anhelo de encontrar a alguien que nos libere de una vez por todas del cuidado de que nuestra vida tenga un sentido. Dostoievski entendió, hace más de un siglo, que la dificultad de nuestra liberación procede de nuestro amor a las cadenas. Amamos las cadenas, los amos, las seguridades porque nos evitan la angustia de la razón.

Pero en medio del pesimismo de nuestra época se sigue desarrollando el pensamiento histórico, el psicoanálisis, la antropología, el marxismo, el arte y la literatura. En medio del pesimismo de nuestra época surge la lucha de los proletarios que ya saben que un trabajo insensato no se paga con nada, ni con automóviles ni con televisores; surge la rebelión magnífica de las mujeres que no aceptan una situación de inferioridad a cambio de halagos y protecciones; surge la insurrección desesperada de los jóvenes que no pueden aceptar el destino que se les ha fabricado.

Este enfoque nuevo nos permite decir como Fausto:

También esta noche, Tierra, permaneciste firme.
Y ahora renaces de nuevo a mi alrededor.
Y alientas otra vez en mí
la aspiración de luchar sin descanso
por una altísima existencia.

Fuente

Discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad del Valle, Cali, 21 de noviembre de 1980.

Una fábrica de monstruos educadísimos

Viktor Frankl (Viena, 1905-1997)

"Estoy -me escribe un muchacho- hasta las narices de la educación del palo y del miedo. Para mí, la educación que carece de lo esencial no es educación, sino un sistema de esclavos. Si la educación no sirve para ayudarnos a ser libres y personas felices, que se vaya a hacer puñetas."

Con su aire de pataleta infantil, este muchacho tiene muchísima razón. Y es evidente que algo no funciona en la educación que suele darse cuando tanta gente abomina de ella.
Hay en mi vida algo que difícilmente olvidaré. En 1948, siendo yo casi un chiquillo, tuve la fortuna-desgracia de visitar el campo de concentración de Dachau. Entonces apenas se hablaba de estos campos, que acababan de "descubrirse", recién finalizada la guerra mundial. Ahora todos los hemos visto en mil películas de cine y televisión. Pero en aquellos tiempos un descubrimiento de aquella categoría podía destrozar los nervios de un muchacho. Estuve, efectivamente, varios días sin poder dormir. Pero más que todos aquellos horrores me impresionó algo que por aquellos días leí, escrito por una antigua residente del campo, maestra de escuela.

Comentaba que aquellas cámaras de gas habían sido construidas por ingenieros especialistas. Que las inyecciones letales las ponían médicos o enfermeros titulados. Que niños recién nacidos eran asfixiados por asistentes sanitarias competentísimas. Que mujeres y niños habían sido fusilados por gentes con estudios, por doctores y licenciados. Y concluía: "Desde que me di cuenta de esto, sospecho de la educación que estamos impartiendo."

Efectivamente: hechos como los campos de concentración y otros muchos hechos que siguen produciéndose obligan a pensar que la educación no hace descender los grados de barbarie de la Humanidad. Que pueden existir monstruos educadísimos. Que un título ni garantiza la felicidad del que lo posee ni la piedad de sus actos. Que no es absolutamente cierto que el aumento de nivel cultural garantice un mayor equilibrio social o un clima más pacífico en las comunidades. Que no es verdad que la barbarie sea hermana gemela de incultura. Que la cultura sin bondad puede engendrar otro tipo monstruosidad más refinada, pero no por ello menos monstruosa. Tal vez más.

¿Estoy, con ello, defendiendo la incultura, incitando a los muchachos a dejar sus estudios, diciéndoles que no pierdan tiempo en una carrera? ¡Dios me libre! Pero sí estoy diciéndoles que me sigue asombrando que en los años escolares se enseñe a los niños y a los jóvenes todo menos lo esencial: el arte de ser felices, la asignatura de amarse y respetarse los unos a los otros, la carrera de asumir el dolor y no tenerle miedo a la muerte, la milagrosa ciencia de conseguir una vida llena de vida.

No tengo nada contra las matemáticas ni contra el griego. Pero ¡qué maravilla si los profesores que trataron de metérmelos en la moliera, para que a estas alturas se me haya olvidado el noventa y nueve por ciento de lo que aprendí, me hubieran también hablado de sus vidas, de sus esperanzas, de lo que a ellos les había ido enseñando el tiempo y el dolor! ¡Qué milagro si mis maestros hubieran abierto ante el niño que yo era sus almas y no sólo sus libros!

Me asombro hoy pensando que, salvo rarísimas excepciones, nunca supe nada de mis profesores. ¿Quiénes eran? ¿Cómo eran? ¿Cuáles eran sus ilusiones, sus fracasos, sus esperanzas? Jamás me abrieron sus almas. Aquello "hubiera sido pérdida de tiempo". ¡Ellos tenían que explicarme los quebrados, que seguramente les parecían infinitamente más importantes!

Y así es como resulta que las cosas verdaderamente esenciales uno tiene que irlas aprendiendo a hurtadillas.

Y yo ya sé que, al final, "cada uno tiene que pagar el precio de su propio amor" --como decía un personaje de Diego Fabri- y que las cosas esenciales son imposibles de enseñar, porque han de aprenderse con las propias uñas, pero no hubiera sido malo que, al menos, no nos hubieran querido meter en la cabeza que lo esencial era lo que nos enseñaban. De nada sirve tener un título de médico, de abogado, de cura o de ingeniero si uno sigue siendo egoísta, si luego te quiebras ante el primer dolor, si eres esclavo del qué dirán o de la obsesión por el prestigio, si crees que se puede caminar sobre el mundo pisando a los demás.

Al final siempre es lo mismo: al mundo le ha crecido, como un flemón, el carrillo del progreso y de la ciencia intelectual, y sigue subdesarrollado en su rostro moral y ético. Y la clave puede estar en esa educación que olvida lo esencial y que luego se maravilla cuando los muchachos la mandan a hacer puñetas.

Reporte sobre el Impacto de la Inteligencia Artificial en el Empleo

Introducción

La inteligencia artificial (IA) está transformando rápidamente el mundo del trabajo, generando tanto entusiasmo por su potencial para aumentar la productividad como preocupaciones sobre el desplazamiento laboral. Desde el auge de la IA en 2022, las conversaciones sobre su impacto en el empleo se han intensificado. Este reporte busca analizar los desafíos y las predicciones sobre cómo la IA afectará el mercado laboral.

Adopción de la IA en el Lugar de Trabajo

Un estudio reciente revela que el 75% de los trabajadores encuestados utilizaban IA en su lugar de trabajo en 2024, y casi la mitad (46%) comenzaron a hacerlo en los últimos seis meses. Esta rápida adopción indica una transformación significativa en las prácticas laborales. Además, el 75% de las empresas manifestaron en 2023 su intención de adaptarse a la IA en los próximos cinco años. Las plataformas y aplicaciones digitales son las tecnologías más referenciadas por los líderes empresariales para su incorporación entre 2023 y 2027.

Preocupaciones y Miedos sobre la IA

A pesar de la adopción de la IA, existen preocupaciones significativas entre los trabajadores. En 2024, el 45% de los trabajadores expresaron su temor a ser reemplazados por la IA. Un estudio de Microsoft reveló que el 53% de los trabajadores temían que el uso de la IA en el trabajo los hiciera parecer reemplazables ante sus empleadores. Además, el 52% mostró reticencia a admitir el uso de la IA en tareas importantes. Otro estudio encontró que el 38% de los trabajadores estadounidenses estaban preocupados de que la IA pudiera hacer que algunas o todas sus tareas laborales se volvieran obsoletas en el futuro.

Estas preocupaciones han llevado a que el 46% de los trabajadores consideren dejar sus trabajos en el próximo año. Asimismo, el 51% de los que se preocupan por la obsolescencia de sus trabajos debido a la IA indicaron que su trabajo tenía un impacto negativo en su salud mental.

Actitudes de los Líderes Empresariales hacia la IA

Los líderes empresariales tienen actitudes mixtas hacia la IA. Si bien el 29% aprueba el uso de la IA en el lugar de trabajo, y un 12% lo aprueba fuertemente, el 34% de los líderes empresariales dijeron que la IA no se está utilizando en absoluto en sus empresas. Además, el 68% de los líderes empresariales sienten que les ha resultado difícil atraer talento adecuado para gestionar sus soluciones de IA.

Una gran mayoría de los líderes empresariales (79%) siente que su empresa necesita adoptar la IA para mantenerse competitiva. Sin embargo, el 60% está preocupado de que sus organizaciones carezcan de un plan o visión para implementar la IA. El 59% de los líderes empresariales están preocupados por su capacidad para medir las ganancias de productividad de la IA.

Beneficios de la IA en el Lugar de Trabajo

A pesar de las preocupaciones, la IA también ofrece muchos beneficios. El 90% de los trabajadores encuestados afirmaron que la IA les ayudó a ahorrar tiempo en las tareas laborales. El 85% de los trabajadores dicen que la IA les ayuda a concentrarse en su trabajo más importante, y el 84% siente que la IA les permite ser más creativos en el trabajo. Además, el 83% considera que la tecnología ha hecho el trabajo más agradable.

Las empresas que invierten en IA han visto duplicadas sus tasas de satisfacción del cliente. Asimismo, los programadores que utilizan IA han podido completar un 126% más de proyectos por semana. En general, la IA mejoró la productividad de los trabajadores en un 66%.

Predicciones sobre el Desplazamiento Laboral

Se prevé que la IA causará la pérdida de 83 millones de puestos de trabajo a nivel mundial entre 2023 y 2027. Esto es un 20% más que el número de puestos de trabajo que se espera crear en este período (69 millones). Los trabajos más afectados por esta disminución son los de:

- **Auxiliares de entrada de datos:** Se espera una reducción de 8 millones de puestos de trabajo.
- **Secretarios administrativos y ejecutivos:** Se prevé una disminución de alrededor de 6 millones de empleos.
- **Contables, tenedores de libros y empleados de nóminas:** Se espera una disminución de aproximadamente 4,75 millones de puestos de trabajo.

Por otro lado, se proyectan aumentos en los puestos de trabajo para maestros de educación especial, con un aumento de 1.25 millones de trabajadores.

Cambios en las Habilidades de la Fuerza Laboral

La IA está cambiando las habilidades demandadas en el mercado laboral. El Foro Económico Mundial identificó el pensamiento creativo como la habilidad más importante, con un 73.2% de las organizaciones que la citan como una habilidad en aumento. Las habilidades STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) han disminuido en importancia, pasando de un 42% en 2016 a un 28% en 2023. Las habilidades básicas de informática y aplicaciones también han experimentado una disminución, lo que sugiere que la capacidad de la IA para automatizar estas tareas puede estar reduciendo el valor percibido de esta habilidad. Por el contrario, las habilidades de gestión del tiempo y el trabajo en equipo han aumentado en importancia.

Impacto en la Productividad

La IA ha demostrado tener un impacto positivo en la productividad. Los agentes de soporte que utilizan IA gestionaron un 13.8% más de consultas de clientes por hora que aquellos que no lo hacían. Los profesionales de negocios que utilizan IA escribieron un 59% más de documentos

comerciales por hora. Los programadores que usan IA codificaron más del doble de proyectos por semana.

Industrias Afectadas

El sector de marketing y publicidad es el que más ha adoptado la IA en el lugar de trabajo, con un 37% de los trabajadores utilizando IA. Otros sectores que también están adoptando la IA son el de la tecnología y las finanzas. El sector de la salud también está experimentando transformaciones impulsadas por la IA. En contraste, las industrias de apoyo de oficina se espera que vean una disminución del 18% en la demanda laboral entre 2022 y 2030.

El Futuro de la IA en el Trabajo

Un informe de McKinsey predice que el uso de la IA podría aumentar la productividad laboral en Estados Unidos entre 0.5 y 0.9 puntos porcentuales anuales para 2030. Para aprovechar al máximo el potencial de la IA en el lugar de trabajo, las empresas deben combinar la adopción de la IA con nuevas formas de trabajar, la capacitación del personal y una cultura de innovación y experimentación. Las empresas que superan las expectativas en la capacitación del personal ven un crecimiento de ingresos del 36% superior a las empresas que solo adoptan la IA.

Impacto de la IA en el Sector Legal y los Abogados

La inteligencia artificial está transformando el sector legal de manera significativa, ofreciendo nuevas oportunidades pero también presentando desafíos importantes para los abogados. La IA no solo está cambiando la forma en que los abogados trabajan, sino también cómo los servicios legales se ofrecen y se consumen. A continuación, se detallan los principales impactos:

1. Automatización de Tareas Rutinarias:

- **Procesamiento de documentos:** La IA puede automatizar la revisión y el análisis de grandes volúmenes de documentos legales. Esto incluye la identificación de cláusulas específicas, el cumplimiento normativo y la extracción de información relevante. Herramientas como Luminance utilizan IA para modelar cómo piensan los abogados y extraer hallazgos clave sin necesidad de instrucciones previas.
- **Elaboración de documentos:** La IA puede generar borradores de documentos legales como acuerdos de fusión o contratos, personalizándolos según las necesidades específicas de cada caso. Aunque estos borradores pueden requerir revisión, el aumento en eficiencia es notable.
- **Gestión de documentos:** Los sistemas de gestión de documentos (DMS) basados en IA pueden automatizar la organización y el manejo de documentos legales, facilitando el acceso y la recuperación de información.
- **Investigación legal:** La IA permite realizar investigaciones legales más rápidas y eficientes, analizando grandes cantidades de datos, jurisprudencia y regulaciones en tiempo récord. Herramientas con procesamiento del lenguaje natural (NLP) pueden comprender las complejidades de las consultas legales y ofrecer resultados más completos.

2. Mejora en la Eficiencia y Productividad:

- **Análisis predictivo:** La IA puede analizar datos históricos de casos, tendencias de litigios y precedentes judiciales para predecir posibles resultados. Esto ayuda a los abogados a tomar decisiones estratégicas y evaluar riesgos de manera más informada.
- **Preparación para litigios:** La IA puede analizar casos pasados, identificar estrategias exitosas y predecir posibles cambios, ayudando a los abogados a estar mejor preparados para los procedimientos judiciales.

- **Atención al cliente:** Los chatbots basados en IA pueden proporcionar soporte instantáneo a clientes, respondiendo preguntas frecuentes y ofreciendo asesoramiento preliminar. Esto libera a los abogados para enfocarse en tareas más complejas y estratégicas.
- **Mayor productividad:** Los abogados pueden completar tareas como la redacción de documentos y la investigación en mucho menos tiempo, lo que permite manejar un mayor volumen de trabajo y reducir los costos.

3. Cambios en el Rol del Abogado:

- **Enfoque en tareas de alto valor:** Con la automatización de tareas rutinarias, los abogados pueden concentrarse en actividades que requieren pensamiento crítico, creatividad, estrategia y contacto directo con los clientes.
- **Colaboración humano-IA:** La IA no reemplazará a los abogados, sino que los complementará, trabajando juntos para resolver problemas complejos y ofrecer soluciones personalizadas.
- **Nuevas habilidades:** Los abogados necesitarán adquirir nuevas habilidades, como la capacidad de usar y evaluar herramientas basadas en IA, así como habilidades de gestión de proyectos, ciberseguridad y análisis de datos.
- **Capacitación en IA:** Los programas de capacitación y educación legal deberán incluir el uso de herramientas de IA para preparar a los futuros abogados para el nuevo entorno laboral.

4. Desafíos y Consideraciones Éticas:

- **Precisión y sesgo:** Es fundamental asegurar que los sistemas de IA sean precisos y libres de sesgos, ya que decisiones erróneas o sesgadas pueden tener graves consecuencias.
- **Privacidad y seguridad:** El manejo de información confidencial de clientes mediante IA plantea preocupaciones éticas y de privacidad que deben ser abordadas con regulaciones y políticas claras.

- **Sobrerreliancia en la tecnología:** La dependencia excesiva en la IA puede llevar a una disminución en el juicio crítico humano, lo que puede resultar en asesoramiento legal de menor calidad.
- **Falta de regulación:** La falta de regulaciones claras para el uso de la IA en el sector legal crea incertidumbre sobre cuestiones de privacidad, ciberseguridad, cumplimiento ético y responsabilidad.
- **Transparencia:** La necesidad de que la IA sea transparente en su funcionamiento es crucial para la rendición de cuentas y la confianza.

5. Cambios en la Estructura del Sector Legal:

- **Menos trabajo para niveles básicos:** La automatización de tareas rutinarias puede reducir la demanda de puestos de trabajo en niveles básicos, lo que requiere que los abogados en todos los niveles se adapten y desarrollen nuevas habilidades.
- **Nuevos roles:** Surgirán nuevos roles como gerentes de procesos legales y técnicos legales. Los abogados necesitarán más habilidades tecnológicas para implementar y monitorear sistemas de IA.
- **Cambios en las estructuras organizacionales:** Las firmas de abogados pueden necesitar adaptar sus estructuras organizacionales para incorporar la IA y las nuevas habilidades de sus empleados.
- **Acceso a la justicia:** La IA puede ayudar a reducir costos y ofrecer servicios legales a un público más amplio, mejorando el acceso a la justicia para individuos y pequeñas empresas que antes no podían permitírselo.

6. Ejemplos de Aplicaciones de la IA en el Sector Legal:

- **Luminance:** Sistema que transforma el análisis de documentos y que se está utilizando en varios países.
- **ROSS:** Asistente legal que utiliza la tecnología de IBM Watson para responder a preguntas de investigación.
- **LawGeex y Luminance:** Plataformas que automatizan el análisis de contratos.

- **Kira Systems:** Herramienta para revisar y analizar contratos y documentos legales.
- **Premonition:** Plataforma que analiza datos de casos para predecir resultados.
- **LexisNexis y ROSS Intelligence:** Herramientas que automatizan la búsqueda de jurisprudencia y regulaciones.
- **Chatbots:** Se usan para ofrecer asesoramiento legal preliminar y responder preguntas de los clientes.

7. Perspectivas Futuras:

- **Colaboración entre abogados e IA:** Los abogados trabajarán en conjunto con la IA para aprovechar lo mejor de ambas capacidades: la eficiencia de la tecnología y el juicio crítico humano.
- **Soluciones legales personalizadas:** La IA y el análisis de datos se utilizarán para ofrecer servicios legales personalizados según las necesidades específicas de cada cliente.
- **Práctica legal transfronteriza:** La IA facilitará la práctica legal en diferentes jurisdicciones y el manejo de las complejidades del derecho internacional.
- **Más integración:** Se espera que la IA se integre aún más en las prácticas legales diarias.

Afectación del mercado laboral en derecho

Realmente, no hay un porcentaje exacto de abogados que se quedarán sin trabajo debido a la inteligencia artificial (IA), pero sí se anticipan cambios significativos en el mercado laboral legal. La IA automatizará muchas tareas que actualmente realizan los abogados, lo que podría resultar en una disminución de ciertos roles, especialmente en niveles iniciales, y la creación de otros nuevos. Es importante destacar que la IA no necesariamente reemplazará a los abogados por completo, sino que transformará la naturaleza de su trabajo y las habilidades que necesitarán.

Posibles Disminuciones de Empleo:

1. **Automatización de tareas rutinarias:** La IA puede realizar tareas repetitivas y de bajo nivel, como la revisión de documentos, la investigación legal básica, la gestión de expedientes y la entrada de datos, lo que reducirá la necesidad de personal en esos puestos.
2. **Reducción de roles de nivel inicial:** Algunos estudios sugieren que los puestos de nivel de entrada serán los más afectados por la automatización. Esto significa que las firmas de abogados necesitarán menos personas para tareas como la revisión inicial de documentos y la investigación básica.
3. **Disminución de roles generalistas:** La IA también puede llevar a una disminución en la demanda de abogados generalistas, ya que las herramientas de IA pueden realizar tareas que antes requerían un conocimiento amplio en varias áreas del derecho. Los abogados deberán especializarse para poder competir.
4. **Reestructuración de firmas:** Las firmas de abogados pueden reducir su personal y modificar sus estructuras organizacionales para incorporar tecnología de IA, lo que podría resultar en la eliminación de algunos puestos de trabajo.

Nuevos Roles y Habilidades:

1. **Énfasis en habilidades humanas:** La IA no puede reemplazar habilidades como el pensamiento crítico, la creatividad, la estrategia, la empatía y la negociación, por lo que los abogados deberán enfocarse en desarrollar esas habilidades.
2. **Roles tecnológicos:** Surgirán nuevos roles relacionados con la gestión y el monitoreo de sistemas de IA, como técnicos legales, gerentes de procesos legales y especialistas en ciberseguridad y protección de datos.
3. **Habilidades tecnológicas:** Los abogados necesitarán adquirir habilidades en el uso y la evaluación de herramientas de IA, así como en el análisis de datos, la gestión de proyectos y la ciberseguridad.
4. **Consultoría estratégica:** Los abogados tendrán la oportunidad de enfocarse más en consultoría estratégica, ayudando a sus clientes a

comprender y mitigar los riesgos en un mundo cada vez más influenciado por la tecnología.

Estudios y Predicciones:

- Un estudio de Frey y Osborne (2016) sugiere que hasta el 47% del empleo jurídico en el Reino Unido podría verse afectado por la automatización en las próximas dos décadas, aunque esta cifra es controvertida porque no tiene en cuenta los nuevos trabajos que se crearán.
- La consultora Boston Consulting Group y Bucerius (2016) indican que los roles legales de baja cualificación y estandarizados son los más propensos a ser automatizados.
- Un estudio realizado por LawGeex en 2018 encontró que un sistema de IA superó a abogados experimentados en la revisión de acuerdos de confidencialidad (NDAs), realizando el trabajo en segundos en lugar de horas, con una mayor precisión, lo que sugiere que la automatización de ciertas tareas es factible.
- Un informe de Goldman Sachs sugiere que la IA generativa podría automatizar el 44% de los procesos legales en EE. UU. y Europa, lo que podría generar ahorros y nuevas capacidades analíticas.

Consideraciones Importantes:

1. **La tecnología no es el destino:** Si bien la tecnología de IA tiene el potencial de automatizar muchas tareas, el impacto real en el empleo dependerá de las decisiones que tomen los empleadores, los legisladores y los trabajadores. La adaptación y la capacitación continua serán clave.
2. **La IA como herramienta:** Es más probable que la IA se utilice como una herramienta para ayudar a los abogados a ser más eficientes y efectivos, en lugar de reemplazarlos por completo. La colaboración entre humanos y máquinas será crucial.
3. **Cambio gradual:** La adopción generalizada de la IA en el sector legal tomará tiempo. Las empresas aún están experimentando con la

tecnología y enfrentando preocupaciones sobre privacidad, seguridad y precisión.
4. **Enfoque en el valor añadido:** Los abogados deberán centrarse en actividades de valor añadido que la IA no pueda realizar, como la asesoría personalizada, la construcción de relaciones con clientes y la resolución creativa de problemas.
5. **Adaptación y aprendizaje continuo:** Los abogados que se adapten a las nuevas tecnologías y desarrollen nuevas habilidades tendrán más posibilidades de prosperar en el futuro del sector legal.

Nuevas habilidades que tienen que desarrollar los abogados para hacer frente a la amenaza de la IA

Para hacer frente a la creciente influencia de la inteligencia artificial (IA) en el sector legal, los abogados deben desarrollar un conjunto de nuevas habilidades que les permitan complementar las capacidades de la IA y diferenciarse en un mercado laboral en constante evolución. Estas habilidades se pueden agrupar en varias categorías clave:

Habilidades Cognitivas y de Pensamiento Crítico

- **Pensamiento Creativo:** La IA puede automatizar tareas rutinarias y generar soluciones basadas en datos, pero carece de la capacidad de generar ideas innovadoras y originales. Los abogados deben cultivar su pensamiento creativo para encontrar soluciones únicas a problemas complejos y desarrollar nuevas estrategias legales. Esto implica pensar fuera de los parámetros establecidos y generar enfoques novedosos para abordar los desafíos de sus clientes.
- **Pensamiento Analítico:** Aunque la IA puede procesar grandes cantidades de datos, los abogados deben desarrollar un pensamiento analítico robusto para interpretar los resultados de la IA, identificar patrones ocultos y extraer conclusiones significativas. Esto implica no

solo comprender la información proporcionada por la IA, sino también cuestionarla, evaluarla críticamente y combinarla con el juicio humano para tomar decisiones informadas. El pensamiento analítico es clave para garantizar que la IA se utilice de manera responsable y ética.

- **Resolución de Problemas Complejos:** Los abogados deben perfeccionar su capacidad para abordar problemas legales complejos, que a menudo requieren una comprensión profunda de los hechos, las leyes y los precedentes, así como la capacidad de considerar múltiples perspectivas y encontrar soluciones creativas. La IA puede ser una herramienta útil en este proceso, pero no puede reemplazar el juicio humano y la capacidad de abordar la incertidumbre y la ambigüedad. Los abogados deberán ser capaces de integrar la información proporcionada por la IA con sus habilidades de pensamiento crítico para tomar decisiones estratégicas y eficaces.
- **Curiosidad:** En un entorno donde la tecnología evoluciona rápidamente, la curiosidad se convierte en una habilidad esencial. Los abogados deben estar dispuestos a explorar nuevas herramientas, tecnologías y enfoques. La curiosidad fomenta un aprendizaje continuo y la capacidad de adaptarse a los cambios. Esta habilidad impulsa la exploración de soluciones innovadoras y el desarrollo de nuevas áreas de conocimiento.

Habilidades Tecnológicas y Digitales

- **Alfabetización Digital:** Los abogados necesitan familiarizarse con las herramientas y plataformas de IA que se utilizan en la práctica legal. Esto incluye comprender cómo funcionan los sistemas de gestión de documentos (DMS), las herramientas de investigación legal basadas en IA, las plataformas de análisis predictivo y otras tecnologías relevantes. La alfabetización digital permite a los abogados utilizar estas herramientas de manera efectiva para mejorar su productividad y eficiencia.
- **Comprensión de la IA y sus Aplicaciones:** Los abogados deben desarrollar una comprensión básica de los principios de la IA, el aprendizaje automático (ML) y el procesamiento del lenguaje natural (PNL) para comprender las fortalezas y limitaciones de estas

tecnologías en el contexto legal. Esto implica comprender cómo se entrenan los modelos de IA, cómo se utilizan para analizar datos legales y cómo se pueden utilizar para automatizar ciertas tareas.

- **Análisis de Datos:** Los abogados deben poder analizar e interpretar datos, ya sea que provengan de la IA o de otras fuentes, para obtener información valiosa y tomar decisiones basadas en evidencia. Esto incluye comprender cómo se pueden utilizar los datos para identificar tendencias, evaluar riesgos y predecir resultados.
- **Gestión de la Ciberseguridad y Privacidad de Datos:** Con el uso creciente de la IA y las herramientas digitales, los abogados deben comprender los riesgos de seguridad y privacidad relacionados con la información legal, y garantizar que se tomen las medidas adecuadas para proteger la información confidencial de sus clientes. Esto incluye conocimientos sobre la protección de datos, el cumplimiento de las regulaciones y la implementación de medidas de seguridad para evitar vulnerabilidades.

Habilidades Humanas y de Relacionamiento

- **Empatía:** La empatía es una habilidad esencial que la IA no puede replicar. Los abogados deben desarrollar su capacidad de comprender las necesidades, perspectivas y emociones de sus clientes para brindar un servicio personalizado y construir relaciones de confianza. Esto implica escuchar activamente, mostrar compasión y comprender las situaciones únicas de cada cliente. La empatía también es crucial para la colaboración y el trabajo en equipo.
- **Comunicación y Habilidades Interpersonales:** Aunque la IA puede facilitar la comunicación, los abogados deben mantener habilidades sólidas de comunicación interpersonal para interactuar con sus clientes, colegas y otros profesionales. Esto incluye saber escuchar, comunicarse claramente y adaptar su mensaje a diferentes audiencias. Estas habilidades son especialmente importantes en la negociación y la representación ante los tribunales.
- **Colaboración y Trabajo en Equipo:** El futuro del trabajo legal será colaborativo. Los abogados deben poder trabajar eficazmente en equipos multidisciplinarios, compartiendo información y coordinando

esfuerzos para lograr objetivos comunes. Esto implica ser capaz de trabajar con otros abogados, profesionales de la tecnología, expertos en la materia y otros profesionales para resolver los problemas de los clientes. La IA también será una herramienta colaborativa con la que los abogados deben aprender a trabajar.
- **Adaptabilidad:** La capacidad de adaptarse rápidamente a los cambios será cada vez más importante en el futuro del trabajo legal. Los abogados deben estar dispuestos a aprender nuevas habilidades, adoptar nuevas tecnologías y ajustar sus prácticas a medida que el sector legal evoluciona. Esto implica ser flexible, resiliente y abierto a la innovación.
- **Agilidad de Aprendizaje:** Dada la rapidez con la que evoluciona la tecnología, los abogados deben desarrollar una "agilidad de aprendizaje" para mantenerse al día con las últimas tendencias y tecnologías. Esto significa aprender de las experiencias, buscar nuevas formas de mejora y adaptarse rápidamente a las nuevas circunstancias.

Habilidades de Gestión y Estrategia

- **Gestión de Proyectos:** Los abogados necesitarán administrar proyectos legales más complejos y sofisticados, a menudo utilizando herramientas de IA para mejorar la eficiencia y la productividad. Esto requiere habilidades de planificación, organización, coordinación, ejecución y control, que les permitan llevar a cabo proyectos legales exitosos dentro de los plazos y presupuestos establecidos.
- **Visión Estratégica y Comercial:** Los abogados deben comprender el panorama empresarial y ser capaces de brindar asesoramiento estratégico que vaya más allá de los aspectos puramente legales. Esto implica entender el negocio de sus clientes, las tendencias del mercado y los riesgos y oportunidades que enfrentan. Una visión estratégica permite a los abogados agregar valor a sus clientes y posicionarse como asesores de confianza.

Consideraciones Adicionales

- **Ética y Responsabilidad Profesional:** Los abogados deben desarrollar una comprensión sólida de las implicaciones éticas del uso de la IA en la práctica legal. Esto incluye abordar los posibles sesgos en los algoritmos, proteger la privacidad de los datos de los clientes y garantizar la transparencia en el uso de las herramientas de IA. Es fundamental mantener la confianza pública en la profesión legal y garantizar que la IA se utilice de manera responsable y ética.
- **Aprendizaje Continuo:** El aprendizaje continuo será crucial para que los abogados se mantengan competitivos y relevantes en el futuro del trabajo legal. Esto implica buscar nuevas oportunidades de formación, asistir a seminarios y conferencias, y estar al día con las últimas tendencias tecnológicas. Los abogados que estén dispuestos a aprender y adaptarse continuamente estarán mejor preparados para afrontar los desafíos del futuro.

En resumen, las habilidades que los abogados deben desarrollar para hacer frente a la amenaza de la IA van más allá de las habilidades técnicas y legales tradicionales. Los abogados del futuro deberán ser pensadores creativos, analíticos y estratégicos, capaces de utilizar la IA como una herramienta para mejorar la eficiencia y la productividad, mientras que al mismo tiempo resaltan sus habilidades humanas únicas, como la empatía, la comunicación y la colaboración. La capacidad de aprender, adaptarse e innovar será esencial para el éxito en un sector legal en constante evolución.